



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
Luís de Camões

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

***“NE BIS IN IDEM
E
O ORDENAMENTO JURÍDICO-CRIMINAL
CHINÊS E PORTUGUÊS,
NA ACTUALIDADE”.***

Grau Pretendido e Área de Conhecimento
Mestre em Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora
Mestre Ana Paula Lourenço

Candidata
Filipa Maria de Almeida Pais

Maio 2012

*Aos meus pais,
Por tudo aquilo que fui, sou e serei.*

AGRADECIMENTOS

Deixo aqui o meu agradecimento a todos os que, de uma ou outra forma, tornaram possível a presente investigação quer pelos desafios intelectuais e pessoais que colocaram, pelas questões que suscitaram quer pelo incentivo e pelo acesso a fontes e cujos nomes não caberiam em uma só página. Há contudo nomes que não podem ser omitidos. O meu agradecimento muito especial à Dr.^a Ana Paula Lourenço pela real, presente e verdadeira orientação. Pelos conselhos, advertências e sugestões. Pelo rigor, diligência, honestidade e magnanimidade inspiradora com que sempre orientou, não só de agora, mas desde sempre. Ao Dr. Lu Yanbin, à Dr.^a Wang Suoying e à Dr.^a Ana Cristina Alves do Centro Cultural e Científico de Macau pelas centelhas inspiradoras que emanam das lições de língua e cultura chinesa. À Dr.^a Cheng Cuicui, do Centro Cultural e Científico de Macau e da Universidade Nova de Lisboa pelo zelo, amizade e pelo carácter expedito e generosidade com que sempre encurta as distâncias culturais, linguísticas e geográficas. Ao Dr. Luís Alves de Fraga pelas advertências e ensinamentos. Ao Dr. Manuel Guedes Valente pelos desafios que acirraram a curiosidade e o intelecto. À Dr.^a Teresa Lourenço da Biblioteca da PGR, Gabinete de Direito Comparado, pela eterna paciência e profunda amizade. À D.^a Cecília Dias, do departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, pela diligência, profissionalismo, cuidado e generosidade. À D.^a Otilia Margalho da Sala do Catálogo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra pela bondade e espírito expedito. À Irmã Glória e Irmã Delfina Insignes Colegiadas da A.S.M. pela caridade de suas meditações e inspirações. Ao Bruno pelo profundo altruísmo e inesgotável compreensão e paciência, pelo sorriso e pelos silêncios.

A todos o meu respeitoso agradecimento.

*“O fruto da justiça será a paz,
E o produto da justiça será
Repouso e segurança para sempre.”*

Isaías 32,17
(Bíblia Sagrada)¹

*

*“Nas coisas do mundo,
o homem de bem não tem
uma atitude rígida de
recusa ou de aceitação.
o Justo é a sua regra.”*

Confúcio Livro IV, §10
(Conversações de Confúcio)²

A presente dissertação não utiliza o novo acordo ortográfico.

¹ ISAÍAS, Profeta – Primeira parte do livro de Isaías. In *A Bíblia de Jerusalém*. Coord. De Honório Dalbosco e José Bortolini. São Paulo (Brasil): Sociedade Bíblica Católica Internacional e Paulus, 1995. ISBN 85-349-0468-5. Capítulo 32, Versículo 17, p. 1410.

² CHENG, Anne – Livro IV sobre o ren. In *Conversações de Confúcio*. Trad. De M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 2011. ISBN 978-972-33-2659-8. §10, p. 53.

RESUMO ANALÍTICO

Os ordenamentos jurídico-constitucionais, penais e processuais penais Chinês e Português acolhem o princípio *ne bis in idem* de forma significativamente diferente.

O périplo pelas origens deste princípio e pelos seus subsídios históricos, culturais, políticos e jurídicos presentes nos ordenamentos português e chinês, visa a análise das características que permitam explicar o diferente entendimento do princípio *ne bis in idem* nestes dois países. A análise da Lei da Nacionalidade, a par do estudo da aplicabilidade prática deste princípio nos ordenamentos jurídicos português e chinês, permite ilustrar quais as soluções adoptadas em cada ordenamento, ressaltando a especial condição da Região Administrativa Especial de Macau.

A referência a diversos diplomas legais que consagram o *ne bis in idem* nos dois países, possibilitam averiguar da existência de uma protecção efectiva dos Direitos e Liberdades Fundamentais a nível interno e internacional.

A investigação sobre a Cooperação Internacional de âmbito Judicial e Judiciário entre Portugal e a China desenvolve-se entre dois eixos: 1) a análise de possíveis conflitos jurídico-legais e jurisdicionais entre Portugal e a China; 2) a busca de propostas de resolução alicerçadas na aplicação das disposições previstas nos diversos Tratados e Acordos celebrados entre Portugal e a China, nomeadamente em sede de Transferência de Pessoas Condenadas, Extradução, Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal e Entrega de Infractores em Fuga.

Por fim, concluímos que o diferente entendimento do princípio *ne bis in idem* nestes dois países, mormente no âmbito das relações de cooperação Portugal-China, não implica necessariamente um afastamento; ao invés, as relações de cooperação entre os dois sistemas jurídicos, jurídico-penais e processuais penais podem eventualmente resultar numa maior abertura do sistema jurídico chinês à questão dos Direitos, Liberdades e Garantias.

Destarte, as relações de cooperação Portugal-China podem contribuir, em última análise, para a melhoria geral do sistema jurídico da China, particularmente na temática relativa aos direitos humanos, bem como para uma maior harmonização das relações de cooperação internacional entre os dois países nos mais diversos sectores de actividade.

Palavras-Chave

PROCESSO - PENAL - PORTUGAL – CHINA

ANALYTICAL SUMMARY

The constitutional, criminal and criminal procedural Portuguese and Chinese legal system receive the *ne bis in idem* principle in a rather significantly different way.

The *periplus* throughout the origins of this principle and its historical, cultural, political and legal subsidies in Portuguese and Chinese systems aims the analysis of the characteristics that may explain the different understanding of the *ne bis in idem principle* in these two countries. The analysis of Nationality Law, alongside with the study of *ne bis in idem principle* practical applicability in Chinese and Portuguese legal systems, allows us to illustrate the solutions adopted in each system, exempting the special case of Macau S. A. R..

The reference to several legal documents that enshrine the *ne bis in idem* principle in these two countries, make it possible to ascertain the existence of effective protection of fundamental rights and freedoms, both domestically and internationally.

Research on international juridical and judicial cooperation between Portugal and China Legal is developed between two axes: 1) the analysis of possible juridical and judicial conflicts between Portuguese and Chinese legal systems; 2) the search for resolution proposals grounded on the application of the provisions prescribed in several treaties and agreements concluded between Portugal and China, particularly the ones related to the transfer of sentenced persons, extradition, mutual assistance in criminal matters and delivery of escapee offenders.

Finally, we found that the different understanding of *ne bis in idem* principle in these two countries, particularly within the Portugal-China cooperation relations, does not necessarily put them apart; instead, criminal, criminal procedural and legal cooperation relations between the two legal systems may actually flow into a wider opening of the Chinese legal system towards Rights, Freedoms and Guarantees issues. Thus, Portugal-China legal cooperation relations may ultimately contribute to the overall improvement of China's legal system, particularly concerning the human rights matter, as well as to a major harmonization of international cooperation relations between the two countries in different sectors of activity.

Keywords

CRIMINAL PROCEEDINGS-PORTUGAL-CHINA

分析摘要

中国和葡萄牙的宪法和法律在刑事诉讼过程中对于“一罪不二审”原则的规定有显著不同。

由于两国历史，文化，政治和法律渊源的差异，使基本的执行原则被归到了两种法律体系框架下，这就为双方对“一罪不二审”的原则的理解和认识上的不同提供了根据。在国籍法的分析上，在中葡两国的宪法和法律范围内，针对澳门特别行政区的特殊性，允许采用修正方案。

参考相关法律，奉行“一罪不二审”的原则有效保护性，在国内和国际领域保护人权和自由。

葡中两国在司法和法律环境中的国际合作通过一下两方面来进行调查研究：1) 分析葡中两国司法领域可能存在的法律冲突；2) 提出关于中葡两国缔结的解决各种冲突的各项条约，特别是对待审判人士的移交，引渡，刑事事项的互助，对罪犯的交付执行等事宜的建议。

最后，总结中葡两国，尤其在中葡国际合作关系下，对于“一罪不二审”原则的不同理解，在中葡两国，尤其是在葡萄牙和中国的合作关系，有不同的理解，但并不意味着两国在此问题上有所背离；相反，两国在法律制度，刑法和刑事诉讼法方面的合作关系，最终可能会建立一个在法律，自由，和保障权益上更加开放的中国的法律制度。

因此，葡萄牙两国合作关系最终可能会促使中国的法律制度朝着更加开发的方向发展，最终将有助于中国法律制度的全面提高，尤其是在人权主题以及两国更多部门活动的合作与协调方面。

关键词

刑事诉讼程序-葡萄牙-中国

ÍNDICE

FOLHA DE ROSTO.....	1
DEDICATÓRIA.....	2
AGRADECIMENTOS.....	3
EPÍGRAFE.....	4
RESUMO ANALÍTICO PORTUGUÊS.....	5
RESUMO ANALÍTICO INGLÊS.....	6
RESUMO ANALÍTICO MANDARIM.....	7
ÍNDICE.....	8
LISTA DE QUADROS.....	14
LISTA DE ABREVIATURAS.....	15
LISTA DE SIGLAS.....	16
INTRODUÇÃO.....	18

CAPÍTULO I

ne bis in idem

Um princípio, diferentes perspectivas

1.1. Breve noção.....	21
1.2. Origem e evolução do princípio <i>ne bis in idem</i>	26
1.2.1. Na cultura ocidental – <u>caso português</u>	26
1.2.1. A. – Hammurabi – políticas e reformas.....	27
1.2.1. B. – O código de Hammurabi – análise e comentário.....	29
1.2.1.1. – Origens do princípio <i>ne bis in idem</i>	33
1.2.1.2. – O princípio <i>ne bis in idem</i> e o ordenamento jurídico português – subsídios para a evolução histórica, cultural, política e jurídica.....	37
1.2.1.3. – O princípio <i>ne bis in idem</i> na actualidade.....	40
1.2.1.3.1. – A Constituição da República Portuguesa.....	40
1.2.1.3.1.1. – Fundamentos.....	41
1.2.1.3.1.2. – Limites e excepções.....	43
1.2.1.3.1.2.1. – Limites objectivos.....	43
1.2.1.3.1.2.2. – Excepções.....	45
1.2.1.3.1.3. – Concurso aparente e concurso real de normas.....	47

1.2.1.3.1.4. – Concurso de normas e o princípio <i>ne bis in idem</i>	50
1.2.1.3.1.5. – Comparticipação, concurso de crimes e crime continuado.....	50
1.2.1.3.1.6. – Breves noções: comparticipação criminosa, concurso de crimes e crime continuado.....	53
1.2.1.3.1.6.1. – Comparticipação criminosa.....	53
1.2.1.3.1.6.2. – Concurso de crimes.....	56
1.2.1.3.1.6.3. – Crime continuado.....	59
1.2.1.3.2. – O Código Penal.....	61
1.2.1.3.2.1. – O caso julgado penal e o caso julgado civil.....	61
1.2.1.3.2.2. – O caso julgado e a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável....	66
1.2.1.3.2.2.1. - Questão histórica – n.º 4, art.º 2.º C.P. (Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de Março) vs. n.º 4, art.º 29.º C.R.P.....	66
1.2.1.3.2.2.2. - Nova redacção – n.º 4, art.º 2.º C.P. (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro) - <i>quid juris?</i>	72
1.2.1.3.3. – O Código de Processo Penal.....	77
1.2.1.3.3.1. – Caso julgado formal e caso julgado material.....	77
1.2.1.3.3.2. – <i>ne bis in idem</i> e o Código de Processo Penal.....	78
1.2.1.3.3.3. – Caso julgado e caso decidido.....	80
1.2.2. – Na cultura oriental – <u>caso da República Popular da China</u>	82
1.2.2.1. – Origens do princípio <i>ne bis in idem</i>	82
1.2.2.1.1. – República Popular da China.....	83
1.2.2.1.2. – Japão.....	94
1.2.2.2. - O princípio <i>ne bis in idem</i> e o ordenamento jurídico chinês – subsídios para a evolução histórica, cultural, política e jurídica.....	95
1.2.2.2.1. – Evolução histórica.....	95
1.2.2.2.2. - Primeira fase: período de germinação (1921-1927).....	103
1.2.2.2.3. - Segunda fase: período das fundações (1927-1937).....	105
1.2.2.2.4. - Terceira fase: período da consolidação (1937-1945).....	107
1.2.2.2.5. - Quarta fase: período da dimensão nacional (1945-1949).....	109
1.2.2.3. - O princípio <i>ne bis in idem</i> na actualidade.....	112
1.2.2.3.1. – Constituição da República Popular da China.....	112
1.2.2.3.2. - O Código Penal.....	118
1.2.2.3.3. - O Código de Processo Penal.....	120

1.3. – Fundamentos para o diferente entendimento do princípio <i>ne bis in idem</i> nos quadros jurídico-criminais português e chinês.....	124
1.3.1. – Introdução.....	124
1.3.2. – Direito português.....	125
1.3.3. – Direito chinês.....	126
1.3.3.1. – Metodologia de análise histórica.....	129
1.3.3.2. – Sociedade tradicional e cultura jurídica.....	130
1.3.3.3. – Enquadramento filosófico.....	131

CAPÍTULO II

Estudo comparado do princípio *ne bis in idem* na esfera jurídico-criminal

- Soluções adoptadas

2.1. – Aplicabilidade do princípio <i>ne bis in idem</i> – <u>O caso português</u>.....	133
2.1.1. – Cidadãos Nacionais.....	133
2.1.1.1. - Aplicação do <i>ne bis in idem</i> no âmbito territorial e subjectivo.....	133
2.1.1.1.1. – Princípio da territorialidade.....	134
2.1.1.1.2. – Factos praticados fora do território português.....	137
2.1.1.1.2.1. – Critério tipo de crime.....	138
2.1.1.1.2.2. – Critério crime cometido por portugueses.....	141
2.1.1.1.2.3. – Pessoas colectivas.....	144
2.1.1.1.3. - Conclusão da aplicação do <i>ne bis in idem</i> no âmbito territorial e subjectivo.....	144
2.1.1.2. - Restrições da lei portuguesa motivadas pelo <i>ne bis in idem</i> internacional... 	145
2.1.2. – Cidadãos estrangeiros de nacionalidade chinesa – a proibição de dupla nacionalidade chinesa.....	149
2.1.2.1. – Conceito de estrangeiro.....	150
2.1.2.2. – Responsabilidade criminal do estrangeiro.....	152
2.1.2.2.1. – Código Penal português.....	152
2.1.2.2.2. – Código Processo Penal português.....	155
2.1.2.3. – <i>ne bis in idem</i> e os estrangeiros.....	157
2.1.2.4. – Lei da nacionalidade portuguesa.....	159
2.1.2.4.1 – Atribuição da nacionalidade: por mero efeito da lei, por declaração de vontade.....	160

2.1.2.4.2. – Aquisição da nacionalidade: por efeito da vontade, por adopção plena, por naturalização.....	162
2.1.2.4.3. – Oposição à aquisição de nacionalidade.....	164
2.1.2.4.4. – Perda de nacionalidade.....	165
2.1.2.4.5. – Plurinacionalidade.....	167
2.1.2.4.6. – Da reciprocidade.....	168
2.2. – Aplicabilidade do princípio <i>ne bis in idem</i> – <u>O caso da República Popular da China</u>	172
2.2.1. – Cidadãos Nacionais.....	172
2.2.2. – Cidadãos Estrangeiros de Nacionalidade Portuguesa – a proibição de dupla nacionalidade chinesa.....	174
2.2.2.1. – Introdução.....	174
2.2.2.2. – Lei da nacionalidade da República Popular da China.....	176
2.2.2.2.1. – Aquisição originária.....	177
2.2.2.2.2. – Naturalização.....	178
2.2.2.2.3. – Plurinacionalidade e perda de nacionalidade.....	179
2.3. – A Região Administrativa de Macau.....	181
2.3.1. – Introdução: a Lei Básica, o Código Penal e o Código de Processo Penal da R.A.E.M.....	181
2.3.2. – Lei da nacionalidade.....	190

CAPÍTULO III

O princípio *ne bis in idem* e os Direitos Fundamentais

3.1. – Portugal – <i>ne bis in idem</i> como princípio fundamental. Diplomas legais.....	193
3.1.1. – Lei de D. Dinis.....	193
3.1.2. – Constituição da República Portuguesa.....	198
3.1.3. – Declaração Universal dos Direitos do Homem.....	199
3.1.3.1. – Introdução.....	199
3.1.3.2. – O valor internacional do princípio <i>ne bis in idem</i>	200
3.1.4. – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.....	203
3.1.4.1. - Instrumentos com efeito jurídico horizontal	
3.1.4.1.1. - Pacto internacional dos direitos civis e políticos.....	203

3.1.4.1.2. - Outras convenções e tratados sobre os direitos humanos, extradição e assistência mútua em assuntos criminais.....	204
3.1.4.2. - Instrumentos com efeito jurídico vertical	
3.1.4.2.1. - Decreto de Nuremberga.....	205
3.1.4.2.2. - Tribunais <i>ad hoc</i>	206
3.1.4.2.3. - Tribunal Penal Internacional.....	208
3.1.5 – Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Panorama internacional e comunitário	
3.1.5.1. – Direito Internacional.....	210
3.1.5.1.1. – Convenção Europeia dos Direitos do Homem.....	212
3.1.5.1.2. – Convenção implementação do acordo de Schengen.....	214
3.1.5.2. – Direito comunitário	
3.1.5.2.1. – Princípios gerais do direito comunitário.....	216
3.1.5.2.2. – Recepção do direito comunitário: Efeitos práticos.....	219
3.1.5.2.2.1. – Efeitos penais negativos – “Neutralização”.....	220
3.1.5.2.2.2. – Efeitos penais positivos – “Assimilação” e “Harmonização”.....	221
3.1.5.2.3. – Instrumentos jurídicos comunitários.....	223
3.2. – República Popular da China – Princípio <i>ne bis in idem</i> como garante da soberania e segurança Estatal. Diplomas Legais.....	226
3.2.1. – Constituição da R. P. C.....	226
3.2.2. – Código Penal.....	232
3.2.3. – Código de Processo Penal.....	234
3.2.4. – Lei de Extradição da R. P. C.....	241
3.2.5. – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.....	242
3.2.6. – Tratado de Extradição entre China e Rússia.....	243
3.3. – Protecção efectiva dos Direitos e Liberdades Fundamentais – Que proposta / critério adoptar?.....	246

CAPÍTULO IV

ne bis in idem nas relações de cooperação Portugal – China

4.1. – Cooperação Internacional de Âmbito Judicial e Judiciário.....	254
4.1.1. – A Extradição em Portugal.....	256
4.1.2. – A Extradição na República Popular da China.....	264

4.1.3. - Instrumentos Bilaterais de Cooperação Internacional em Matéria Penal celebrados entre Portugal e a República Popular da China.....	269
4.1.3.1. - Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre a Transferência de Pessoas Condenadas de 31 de Janeiro de 2007.....	273
4.1.3.2. - Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradicação de 31 de Janeiro de 2007.....	275
4.1.3.3. - Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 9 de Dezembro de 2005.....	278
4.1.3.4. - Acordo relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 24 de Maio de 2001.....	280
4.1.3.5. - Acordo relativo à Transferência de Pessoas Condenadas de 24 de Maio de 2001.....	281
4.1.3.6. - Acordo relativo à Entrega de Infractores em fuga de 24 de Maio de 2001..	282
4.2. – Levantamento de possíveis conflitos em sede de Cooperação Internacional Judicial e Judiciária.....	284
4.3. – Proposta de resolução de conflitos.....	286
4.4. – Efeitos e consequências dos diferentes entendimentos do princípio <i>ne bis in idem</i> nas relações de cooperação Portugal – China.....	301

CAPÍTULO V

Considerações Finais

CONCLUSÃO.....	305
BIBLIOGRAFIA.....	306
DIPLOMAS E DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.....	316
ANEXO I - Jurisprudência Portuguesa - Tribunal Constitucional.....	325
ANEXO II - Jurisprudência do T.E.D.H.....	329
ANEXO III – Jurisprudência do T.J.C.E.....	334
ANEXO IV – Jurisprudência do T.P.I.....	338
ANEXO V – Lei da nacionalidade chinesa e portuguesa. Grelha comparativa.....	341

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Estrangeiros AR (Autorização Residência) e AP (Autorização Permanência), Totais e ordenação das dez nacionalidades mais representativas, página 180.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art.º ou art.º - artigo

Séc. – Século

LISTA DE SIGLAS

A.A.F.D.L. – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

C.A.A.S. – Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen

C.P.L.P. – Comunidade de Países de Língua Portuguesa

A.R. – Assembleia da República

C.C. – Código Civil

C.C.C.M. – Centro Cultural e Científico de Macau

C.E.D.H. – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

C.P. – Código Penal

C.P.C. – Código de Processo Civil

C.P.P. – Código de Processo Penal

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

D.L. – Decreto-Lei

D.U.D.H. – Declaração Universal dos Direitos do Homem

E.M. – Estado - Membro

E.R.T.P.I. – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

E.U.A. – Estados Unidos da América

L.A. – Lei Anterior ou Lei Antiga

L.B. – Lei Básica

L.N. – Lei Nova

L.O. – Lei Orgânica

L.P.R.P.C.79 – Lei Penal de 1979 da República Popular da China

L.P.R.P.C.97 – Lei Penal de 1997 da República Popular da China - Revisão de 1997

M.N.E. – Ministério dos Negócios Estrangeiros

M.P. – Ministério Público

O.N.U. – Organização das Nações Unidas

P.C.C. – Partido Comunista Chinês

P.G.R. – Procuradoria - Geral da República

P.I.D.C.P. – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

P.R.C. – People's Republic of China

PT – Portugal / República Portuguesa

R.A.E. – Região Autónoma Especial

R.A.E.H.K. – Região Administrativa Especial de Hong Kong

R.A.E.M. – Região Autónoma Administrativa Especial de Macau

R.P.C. – República Popular da China

S.T.J. – Supremo Tribunal de Justiça

T.C. – Tribunal Constitucional

T.C.A.S. – Tribunal Central Administrativo Sul

T.C.E. – Tratado de Roma. Tratado que institui a Comunidade Europeia

T.E.D.H. – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

T.J.C.E. – Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia

T.P.I. – Tribunal Penal Internacional

T.U.E. - Tratado de Maastricht. Tratado que institui a União Europeia

INTRODUÇÃO

Pela presente dissertação pretendemos aprofundar um estudo comparado sobre um dos princípios estruturantes dos Estados Modernos: O princípio *ne bis in idem*, acolhido de forma significativamente diversa nos ordenamentos jurídico-constitucionais, penais e processuais penais português e chinês. A curiosidade por esta temática despontou ainda no decorrer da licenciatura aquando da leitura inopinada de um texto referindo o princípio *ne bis in idem* na R.P.C. e as consequências da sua aplicação. Assim, o estudo desta temática teve início em um momento anterior tendo, por isso, motivado a sua análise linear em sede de seminários de licenciatura e de relatórios curriculares do primeiro ano do curso de mestrado.

Analisaremos o princípio *ne bis in idem* na sua dimensão ou efeito negativo do princípio do caso julgado, referência incontornável para a real integração do *ne bis in idem*.

Iniciaremos a investigação por uma breve noção do princípio *ne bis in idem*, seguida de uma busca dos seus fundamentos histórico-teleológicos e descodificação das suas diversas gradações no acervo jurídico-constitucional, penal e processual penal português e chinês.

O segundo momento estuda a Lei da Nacionalidade conjugada com a aplicabilidade prática do princípio *ne bis in idem*, permitindo ilustrar as razões das soluções adoptadas em cada Estado, ressaltando a condição de excepção da Região Autónoma Administrativa Especial de Macau.

No terceiro momento, avançamos para um estudo comparado da aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* em cada ordenamento e análise dos seus reflexos nos Diplomas Legais Nacionais e Internacionais adoptados por Portugal e pela R.P.C..

O quarto capítulo centra-se na importância e consequências do diferente entendimento do princípio *ne bis in idem* no âmbito da actual legislação sobre a Cooperação Internacional de âmbito Judicial e Judiciário Portugal-China presente em diversos Acordos e Tratados. A este propósito, destacaremos os Acordos e Tratados celebrados entre Portugal e a R.P.C. visando a Transferência de Pessoas Condenadas, Extradicação, Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal e Entrega de Infractores e Fuga.

Terminamos por uma reflexão sobre a progressiva cooperação dos dois sistemas jurídicos, resultante das actuais relações de Cooperação Judicial e Judiciária entre Portugal e a China, apesar do diferente entendimento do princípio *ne bis in idem* nos dois ordenamentos. A este propósito, destacamos a relevância das relações de cooperação jurídico-legal entre Portugal e a China como potencial factor do gradual aperfeiçoamento do sistema jurídico-

penal chinês em matéria de direitos humanos, por força da sua aproximação ao sistema de Direitos, Liberdade e Garantias português. Tal aproximação traduzir-se-á, eventualmente, numa maior harmonização das relações de cooperação internacional entre os dois Estados, benéfica para ambos contanto que se propague a todos os demais sectores de actividade, ou seja, a aproximação entre Portugal e a China poderá repercutir-se numa melhoria da percepção da R.P.C. sobre os direitos humanos.

CAPÍTULO I

ne bis in idem

Um princípio, diferentes perspectivas

O estudo comparado do princípio *ne bis in idem* nos ordenamentos jurídico-criminais português e chinês exige uma abordagem inicial mais genérica que se desenvolverá no decorrer do primeiro capítulo. Assim, partimos de uma noção breve e geral do que deve entender-se por *ne bis in idem*, avançando para uma busca da origem deste princípio nos ordenamentos jurídicos orientais e ocidentais, tomando como referência principal os ordenamentos jurídicos português e chinês.

Iniciamos o estudo pelo ordenamento jurídico português, aplicando o mesmo método de investigação aos dois ordenamentos em análise. A investigação incidirá sobre os subsídios históricos, culturais, políticos e jurídicos que explicam o entendimento do *ne bis in idem* e o seu enquadramento na actualidade jurídica de cada um dos ordenamentos, sinalizando os diplomas legais que o consagram ou, de algum modo, o referem, tanto no ordenamento jurídico português como no chinês. Recorrendo à frase original de onde se retira o *ne bis in idem* e partindo de Beccaria, iniciamos agora o nosso estudo.

“bis de eadem re ne sit actio;”

“nemo debet bis vexari pro una et eadem causa;”

“ Deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as penas”.

Cesare Beccaria

*in Dos delitos e das penas*³

1738-1794

³ BECCARIA, Cesare - XLVI. Das Graças. In *Dos delitos e das penas*. Trad. de Lucia Guidici e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 85-336-0777-6. P.50.

1.1. Breve noção

O significado tradicional do princípio em análise relaciona-se com a proibição de julgar um mesmo sujeito duas ou mais vezes por um mesmo facto⁴.

Apesar de ser frequentemente denominado por princípio *ne bis in idem*, a verdade é que a expressão completa de onde foi extraído será: “*bis de eadem re ne sit actio*”.

Ao longo desta dissertação, optamos pela expressão resumida por uma questão de eficiência textual. O princípio *ne bis in idem*, ao proibir a dupla condenação pela prática do mesmo facto, impede que, sobre o agente, recaia mais do que uma penalidade, que uma agravante seja considerada mais do que uma vez ou que recaia simultaneamente uma sanção administrativa e penal sobre o mesmo facto⁵.

Por outro lado, há que relacionar o princípio com a tríplice realidade *sujeito – facto – fundamento* tendo em vista uma correcta análise do mesmo. Na realidade, se nos cingíssemos à tradução literal da expressão latina, deparar-nos-íamos com diversas deficiências, visto que a proibição de ser castigado duplamente pelo mesmo facto tornaria impossível punir o agente em concurso ideal de crimes, como adiante aprofundaremos.

A outra consideração prévia à análise do princípio remete-nos para a dupla funcionalidade substantiva e processual do princípio, visto que, ao impedir a abertura do caso julgado potencia o princípio da segurança jurídica.

No ordenamento jurídico português, o princípio encontra-se consagrado, desde logo, no art.º 29.º, n.º 5 da C.R.P. (“*Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime*”) que, além de lhe atribuir dignidade constitucional, demonstra as duas dimensões nele elencadas:

1) Como direito subjectivo fundamental, que confere ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, conferindo-lhe a possibilidade de se defender contra os actos estaduais violadores deste direito (direito de defesa negativo que constitui uma forma de limitar o *jus puniendi* estadual).

⁴ *Política Criminal y Reforma Penal: homenaje a la memoria del Professor D. Juan del Rosal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, D.L. 1993-XLVIII. ISBN-10: 8471307855. ISBN-13: 978-8471307859. p.885-903.

⁵ Contudo, existem excepções nomeadamente no caso espanhol: nos termos do acórdão 94/1986, S.T.C., não se engloba no princípio *ne bis in idem* os casos de perda do benefício penitenciário de redução da pena por via do trabalho por parte do preso que tenha sido condenado por violação da condenação, dado que a obtenção de tal benefício encontra-se limitada a uma condição legal: não violar nem tentar violar a sentença de condenação. *Idem, Ibidem*, p. 885-903.

2) Como princípio constitucional objectivo, ou seja, a dimensão objectiva do direito fundamental, que obriga a uma conformação do direito processual com este princípio o que nos remete para a impossibilidade de abertura do caso julgado de modo a impedir vários julgamentos pelo mesmo facto⁶.

Quanto ao princípio do caso julgado, relevamos que o fundamento primeiro da consagração constitucional do instituto do caso julgado (nos art.º 29.º, n.º 4 e 282.º, n.º 3 da C.R.P.) alicerça-se na necessidade de protecção da segurança jurídica e da confiança dos cidadãos relativamente aos actos jurisdicionais. Como nos dizia Mark Twain (1835-1910): *”Deixar de fumar é a coisa mais fácil do mundo. Sei muito bem do que se trata, já o fiz cinquenta vezes”*⁷; se tal conduta se transpusesse para a conduta dos tribunais, decidindo o mesmo caso, com o mesmo sujeito, vez após vez, o poder de decisão dos tribunais seria nulo pela incapacidade demonstrada de adoptar decisões definitivas, contribuindo, assim, para o agudizar dos factores de incerteza. O princípio do caso julgado vem apresentar uma solução para a incerteza e insegurança jurídicas; na verdade, as decisões, mesmo injustas, são fixadas em um momento específico da tramitação processual, havendo possibilidade de recurso ordinário e extraordinário, em sede própria e nos devidos termos legais.

Res judicata tem de constituir, então, um factor de segurança jurídica, prevendo-se, ainda assim, excepções que podem conduzir à reabertura do caso julgado, como adiante veremos.

Tal será o caso da proibição de aplicação de lei penal desfavorável, em que se torna obrigatória a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável na medida em que não se justifica, nem fará sentido, que alguém continue a cumprir uma pena por um crime que deixou de o ser ou que passou a ser punido por uma moldura penal mais favorável. Retira-se, então, que a referida excepção ao caso julgado, constitucionalmente prevista, engloba, essencialmente, duas vertentes: 1) Despenalização de um facto considerado como ilícito pela lei anterior; 2) Redução da moldura penal pela lei nova⁸, que enforma o princípio *favor libertatis* – na dúvida, a decisão será no sentido mais favorável ao indivíduo enquanto interveniente processual.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 29.º, Nota XI. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, P.497.

⁷ TWAIN, Mark – *Quotes by Mark Twain*. [Em Linha]. The Official Website of Mark Twain. [Consult. 03.2011]. Disponível em <http://www.cmgww.com/historic/twain/about/quotes.htm>.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 29.º, Nota VII. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, P. 496.

Subsistem ainda duas outras excepções que não nos abstermos de referir: a primeira resulta do surgimento de novos dados ou factos essenciais para a decisão chamados ao processo por força do recurso extraordinário de revisão que determina a reabertura do caso julgado; a segunda, refere-se aos casos previstos no art.º 282.º, n.º 3 da C.R.P., que prevê a reabertura do caso julgado motivada pela aplicação de uma norma ferida de inconstitucionalidade, mediante a observância de três requisitos cumulativos:

- a) Decisão do T.C. favorável à reabertura do caso julgado;
- b) Matéria penal, disciplinar ou ilícita de mera ordenação social;
- c) Conteúdo menos favorável ao arguido⁹.

Analisaremos agora o caso julgado como garante do princípio da legalidade constitucional e limite do *jus puniendi* estatal. De facto, o princípio do caso julgado constitui um instrumento de controlo do *jus imperium* estatal, ainda mais visível na vertente do *jus puniendi*, garantindo o respeito pelo princípio da legalidade. Sustentado, na base, pelo princípio do estado de direito democrático (art.º 2.º C.R.P.), o princípio do caso julgado decorre do princípio da segurança jurídica e protecção da confiança dos cidadãos, constituindo-se como garante da legalidade e limite do *jus puniendi* por força do elemento objectivo e subjectivo:

- Elemento Objectivo: Segurança jurídica que se traduz para Canotilho¹⁰, no “*garante de estabilidade jurídica e segurança de orientação e realização do direito*”.

- Elemento Subjectivo: Protecção da confiança – relacionado com a gestão de expectativas legítimas do cidadão perante actos de poder públicos que deverão ser previsíveis. A defesa da clareza e previsibilidade dos actos do poder garante, pois, uma maior segurança para o cidadão relativamente aos efeitos desses mesmos actos na sua esfera jurídica pessoal. Assim, impõe-se que os reflexos deste princípio se repercutam em todas as dimensões do *jus imperium*, nomeadamente: a) na proibição geral da elaboração de normas retroactivas restritivas de direitos, liberdades e garantias; b) na intangibilidade do caso julgado; c) na tendencial intangibilidade do caso decidido.

Contudo, questão prévia à de saber se o princípio do caso julgado constitui um limite à restrição de direitos fundamentais, será a de questionar se existem, de facto, tais limites. Na

⁹ MACHADO, Jónatas - *Lições de Ciência Política e Direito Constitucional*. [s.l.]. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2004/2005.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes – Parte III, Título 2, Capítulo 1, Ponto C., II – Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7. P. 257.

verdade¹¹, mais do que limites, estamos perante reforços de argumentos que fortalecem a posição jurídica do cidadão, através da protecção dos direitos fundamentais, em cada momento da evolução histórico-jurídica. Estes limites ou reforços provêm, essencialmente, de duas fontes:

a) Tradição Jurídico-Penal dos sécs. XVIII e XIX, geradora de limites e princípios protectores da posição jurídica do cidadão, e.g. princípio da legalidade.

b) Constituições, em que ficam plasmados direitos, liberdades e garantias fundamentais, protegidos de toda e qualquer ingerência no seu núcleo essencial, e.g. art.º 18.º, n.º3 C.R.P.

Não obstante a sua natureza garantística, tais limites à restrição de direitos fundamentais possuem, ainda, um conteúdo demasiado vago e impreciso perante a grandeza do papel real que desempenham nos ordenamentos jurídicos ocidentais. Logo, para uma protecção efectiva dos direitos e liberdades fundamentais, deverá abandonar-se, progressivamente, a discussão em torno da dimensão dos limites constitucionais às restrições de direitos fundamentais ou de um direito penal mais ou menos interventivo, procurando soluções práticas e inovadoras e lançando mão de novos instrumentos de controlo, p. ex. o Direito Administrativo.¹²

De facto, tais ímpetus inovadores do legislador espelham duas funções¹³ aparentemente opostas do direito:

- Função Estabilizadora – o direito, quando certo e previsível, assegura a continuidade da vida social, direitos e expectativas legítimas;

- Função Dinamizadora e Modeladora – adequando a ordem jurídica à evolução social ou promovendo a própria evolução.

¹¹ E seguindo de perto a posição de HASSEMER, Winfried – Processo Penal e Direitos Fundamentais. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, 1, Lisboa, 2004 – Actas. Org. de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, Colab. Goethe Institut, Coord. Científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, Junho 2004. ISBN 972-40-2217-X. P. 15.

¹² Aproveitamos para referir a solução adoptada pelo governo alemão que, ao optar pela utilização de dispositivos de bloqueio de automóveis permitiu a redução dos crimes de furto de automóveis de determinadas marcas, sem restringir os direitos fundamentais nem aumentar as molduras penais anteriormente previstas, como nos refere HASSEMER, Winfried – Processo Penal e Direitos Fundamentais. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, 1, Lisboa, 2004 – Actas. Org. de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, Colab. Goethe Institut, Coord. Científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, Junho 2004. ISBN 972-40-2217-X. P. 25.

¹³ MACHADO, João Baptista – Capítulo VIII, Secção I §1, Ponto 2. Problemas de filosofia e de política jurídica subjacente à teoria da não retroactividade. Fundamento último do princípio da não retroactividade. In *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-0471-6. P. 223.

Esta segunda função assume particular relevância, visto que a velocidade das mudanças exige um sistema jurídico aberto e dinâmico que, pela sua permeabilidade e permanentes reformas, evite revoluções e propicie evoluções. Todavia, um sistema jurídico dinâmico deverá, ainda assim, respeitar a estabilidade das situações jurídicas pré-existentes sob pena de frustração das expectativas legítimas dos cidadãos e liquefacção da confiança no ordenamento jurídico, subvertendo a lógica do princípio do Estado de Direito Democrático.

1.2. Origem e evolução do princípio *ne bis in idem*

No presente capítulo desenvolvemos uma investigação sobre a evolução histórica, cultural, política e jurídica dos ordenamentos jurídicos da R.P.C. e de Portugal que permita identificar a origem e evolução do princípio *ne bis in idem* em cada um dos ordenamentos, tornando, deste modo, possível o estudo comparado deste princípio.

1.2.1. Na cultura ocidental – caso português

O estudo das investigações dirigidas por Bouzon¹⁴, Christin¹⁵, Durand¹⁶, Kramer¹⁷, Labat¹⁸ e Szlechter¹⁹, permite-nos afirmar, com algum grau de certeza, que o primeiro indício escrito do princípio do caso julgado na cultura ocidental encontra-se consagrado no Código de Hammurabi (1792 a. C.), logo no seu § 5. Previamente à análise do § 5, procederemos ao enquadramento histórico, político e social do Código de Hammurabi, essencial para a compreensão do alcance do carácter já então preponderante do *res judicata*.

¹⁴ BOUZON, Emanuel - *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0.

¹⁵ CHRISTIN, A. M. - Écritures, systèmes idéographiques et pratiques expressives. *Colloque International de L'Université Paris*, VII, Le Sycolmore, 1982 - Actes.

¹⁶ DURAND, J. M. - Diffusion et pratiques des écritures cuneiformes au Proche-Orient ancien: L'espace et la letter. In *Cahiers Jussieu N.º 3*. U.G.E., 1977. Collection "10.18" n.º 1180, p. 13-59.

¹⁷ KRAMER, Samuel Noah - *A História Começa na Suméria*. Trad. de Fernando Piteira Santos. Mem-Martins: Publicações Europa-América Fórum da História, 1997. ISBN 972-1-04312-5.

¹⁸ LABAT, R. - *Manuel d'epigraphie akkadienne*. 5.ª Ed., Geuthner, 1976.

¹⁹ SZLECHTER, E., *Tablettes Juridiques de la 1er Dynastie de Babylone*. 2 Volumes, Paris, 1958.

1.2.1. A. – Hammurabi – políticas e reformas

Hammurabi²⁰ subiu ao trono da Babilónia em 1792 a.C. (II Milénio), aquando da morte de seu pai, Sin-Muballit. No início do reinado de Hammurabi²¹, a Babilónia era uma cidade com um certo poder mas com um território diminuto. Todavia, com Hammurabi, a Babilónia vai conhecer a época de maior esplendor. De facto, assim que subiu ao trono da Babilónia, Hammurabi adoptou como principais medidas a conquista de territórios, a consolidação do seu poder e medidas de índole económica.

E é deste modo que vai restaurar o direito, conquistar a Mesopotâmia quase na sua totalidade (intitulando-se Rei de Suméria e Acade e Rei das quatro regiões) e demonstrar a intenção de formar um Império (Monarquia Universal). Hammurabi procedeu ainda, durante o seu reinado, à unificação social, económica, política e religiosa da Babilónia: através da criação do acádico (um novo idioma que era uma língua diplomática usada por todos os povos da zona) e da imposição da adoração ao deus Marduk em todas as cidades dominadas, não excluindo, porém, nenhuma das divindades previamente adoradas nas zonas conquistadas.

No reino de Hammurabi, a justiça era uma temática primordial. Hammurabi impôs, por isso, a adoração ao deus Shamash, o deus da Justiça, que se tornou na segunda divindade oficial do reino.

No período anterior ao reino de Hammurabi, não existem certezas quanto aos acontecimentos históricos, produto da inexistência de fontes documentais datadas daquele período. Contudo, data do reinado de Hammurabi o maior acervo de documentos encontrados (por J. Margan, Susa, Irão em 1901-1902)²² que nos permite conhecer e analisar os factos daquela época. Estes documentos são de uma riqueza histórica inigualável na medida em que, além de fornecerem variadas informações do quotidiano, denotam também, já naquele tempo, uma preocupação no registo dos acontecimentos e dos códigos morais vigentes. Assim, os textos encontrados tratam de assuntos de cariz religioso, administrativo, correspondência oficial e até listas de datação em anos. É também neste espólio que encontramos o código de Hammurabi.

Tendo em vista a unidade política, administrativa, religiosa e linguística, Hammurabi criou ainda um conjunto de leis, válidas para todo o território (estas leis permitiam que cada

²⁰ BOUZON, Emanuel - *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0.

²¹ KRAMER, Samuel Noah - *A História Começa na Suméria*. Trad. de Fernando Piteira Santos. Mem-Martins: Publicações Europa-América Fórum da História, 1997. ISBN 972-1-04312-5.

²² BOUZON, Emanuel - *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0. P. 24.

zona gozasse de uma certa independência; ex.: autorizavam a adoração de deuses que não eram adorados na cidade de Babilónia), que têm a sua expressão máxima no código de Hammurabi, um dos textos de maior relevo para o Mundo Ocidental.

1.2.1.B. – O código de Hammurabi – análise e comentário

A sistemática do código de Hammurabi divide-se em Introdução, Prólogo, Epílogo e Corpo de leis, alvos de uma breve análise cujo objectivo é a demonstração da origem ancestral do princípio do caso julgado, na cultura ocidental europeia, do qual o princípio *ne bis in idem* é decorrência.

Introdução²³ - O Código de Hammurabi, sendo a compilação de leis mais conhecida e mais longa não é, no entanto, a mais antiga. De facto, antecederam o Código, um legislador e reformador (Urukagina de Lagash) que apresentou medidas sociais para impedir as injustiças; o Código de Ur-Nammu do rei Ur-Nammu (2111-2094 a.C.) fundador da III dinastia de Ur; o Código de Lipit-Ishtar (1934-1924 a.C.), um conjunto de leis em Sumério; e o Código de Eshnunna.²⁴ Assim, a importância do código de Hammurabi reside também no aproveitamento e compilação de leis que tinham sido publicadas em códigos anteriores²⁵.

O Código de Hammurabi, foi reproduzido abundantes vezes em ‘tabuinhas’, por ordem de Hammurabi e cada cidade detinha o seu exemplar. No exemplar mais conhecido, do Museu do Louvre, encontra-se esculpida a imagem do rei Hammurabi perante uma divindade que investe o rei com o poder real de manter a justiça e o direito no país. Esta imagem diviniza o poder aplicado por Hammurabi demonstrando que a sua autoridade é uma mera execução das tarefas que os deuses o encarregavam de cumprir o que justifica e diviniza o poder do soberano.

De um ponto de vista formal, o código de Hammurabi não se revê no conceito de ‘código’ hoje vigente. Actualmente, ‘código’ refere-se a uma compilação completa de todas as leis vigentes e esse não foi o objectivo primordial do código de Hammurabi, visto que nem todas as leis aplicadas aos diferentes casos nos tribunais babilónicos estavam presentes no código. O código de Hammurabi constitui, antes, uma obra literária da escola babilónica organizada segundo um esquema literário coerente: Prólogo, Corpo de Leis, Epílogo.

²³ BOUZON, Emanuel - *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0. P. 15 – 38.

²⁴ KRAMER, Samuel Noah - *A História Começa na Suméria*. Trad. de Fernando Piteira Santos. Mem-Martins: Publicações Europa-América Fórum da História, 1997. ISBN 972-1-04312-5.

²⁵ GILISSEN, John – *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macáista Malheiros. 3.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: *Introduction historique au droit. Esquisse d’une histoire du droit. Les sources du droit. Les sources du droit depuis le XIII.e siècle. Éléments d’histoire du droit privé*. ISBN 972-31-0193-9. P. 58-66.

Prólogo²⁶ - No prólogo, encontramos uma série de referências a Hammurabi e também à sua descendência como sendo elementos divinos; na verdade, o prólogo constitui uma exaltação, um panegírico de Hammurabi que é apresentado como o soberano todo-poderoso, “conquistador dos quatro cantos da terra, aquele que magnifica o nome de Babel, que alegra o coração de Marduk” (II,10). Refere também algumas das medidas sociais que deseja implementar: “ (...) fazer justiça aos povos, de ensinar o bom caminho ao país, eu estabeleci a verdade e o direito na linguagem do país, eu promovi o bem-estar do povo ” (V,20).

Encontramos ainda a comparação de Hammurabi a um “touro indomável que escorneia os inimigos” (III,10), cujo objectivo é a atribuição a Hammurabi de duas das características essenciais do touro: a virilidade e a força.

Epílogo²⁷ - Já no epílogo, encontramos Hammurabi afirmando-se como o “rei perfeito” (XLVII,10), referindo sempre que o seu sucesso se deve ao apoio divino por ser um protegido das divindades e que, quem cumprir as suas leis será abençoado e quem as desrespeitar será alvo de maldições divinas. A questão da justiça é fulcral para Hammurabi, que a defende através das suas leis que diz serem libertadoras dos oprimidos e aconselha futuros reis a adoptarem-nas visto que são uma garantia para a manutenção da paz no território.

Corpo de Leis²⁸ - As leis apresentam-se reunidas por temas distintos e iniciam-se sempre pela preposição “se”, tentando explicar a moral/justiça por meio de casos escolhidos.

Relativamente às leis, dois aspectos a ter em conta:

1 - Existe um certo desvio na tradução uma vez que estas “leis” foram, de facto, sentenças decretadas por Hammurabi para garantir a justiça ou sentenças com origem na tradição, visto que os escribas estudavam os códigos de leis oriundos de tempos anteriores.

2 - As referidas sentenças do rei, têm um cariz paradigmático, ou seja, todos devem tentar seguir o exemplo do rei, vivendo de acordo com a ordem moral expressa no código. Assim, o código de Hammurabi afirma-se, não como um glossário de normas mas como uma obra com um grande valor moral e um exemplo dos comportamentos considerados correctos e justos, naquele contexto histórico.

O conteúdo formal das leis demonstra que, de um modo geral, existiu um conceito de justiça social, pois os indivíduos têm a possibilidade de defesa perante os tribunais.

Encontramos também um grande número de leis aplicadas à família, considerada

²⁶ BOUZON, Emanuel - *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0. P. 39 – 45.

²⁷ BOUZON, Emanuel, *Op.cit.*, p. 222 - 227.

²⁸ BOUZON, Emanuel - *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0. P. 15 - 221.

como o núcleo da sociedade, e a mulher, como pedra basilar da família, goza de um maior número de leis que a protegem bem como os órfãos.

A organização do corpo de leis encontra-se dividida por temáticas: 1) Penas para delitos ocorridos durante um processo judicial; 2) Direito patrimonial; 3) Leis da família, filiação, heranças; 4) Penas para lesões físicas; 5) Direitos e deveres de algumas classes de profissionais; 6) Regulamentação de preços e salários; 7) Leis sobre a propriedade de escravos.

A aplicação de diferentes penas e a quantidade de obrigações que recaíam sobre determinadas classes, permitiram estabelecer uma estratificação social da época de Hammurabi. Existiram, essencialmente, cinco estratos (Awilum, Tamkârum, Muskhenum, Wardum e Asirum, do mais para o menos privilegiado), cada um com diferentes direitos e deveres.

Após uma breve análise da sistemática do código de Hammurabi e da organização social do seu tempo, passamos ao comentário de algumas das disposições legais do código de Hammurabi que denunciam a existência, já então, do princípio do caso julgado, referência incontornável ao estudo do princípio *ne bis in idem*.

§ 5 do Código de Hammurabi: princípio do caso julgado

§ 5 “*Se um juiz fez um julgamento, tomou uma decisão, fez exarar um documento selado e depois alterou o seu julgamento: Comprovarão contra esse juiz a alteração do julgamento que fez; Ele pagará, então, doze vezes a quantia reclamada nesse processo e, na assembleia, fá-lo-ão levantar-se do seu trono de juiz. Ele não voltará a sentar-se com os juízes em um processo.*”²⁹

Comentário: O elevado grau técnico das expressões utilizadas dificultou a tradução exacta do conteúdo do §5. Contudo, fica clara a exigibilidade da verificação de três requisitos cumulativos para a aplicação do §5 a um juiz que: 1) “*fez um julgamento*” (di-nam i-di-in); 2) “*tomou uma decisão*” (pu-ru-sà-am ip-ru-us); 3) e “*fez exarar um documento selado*” (ku-nu-uk- kam ú-se-zi-ib). No entender do tradutor³⁰, o delito propriamente dito, cometido pelo juiz, fica descrito na proposição wa-ar-ka-nu-um-ma di-in-su i-te-ni que significa: “*e, depois, alterou o seu julgamento*”. O advérbio war-kânum significa “*depois*” ou “*de seguida*” o que

²⁹ BOUZON, Emanuel - *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0. P. 49 – 51.

³⁰ VON SODEN, W. - *Akkadisches Handwörterbuch*, 3 vol., Wiesbaden, 1965-1981 apud BOUZON, Emanuel – 2. Leis. In *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0. P. 50.

nos leva a concluir que a alteração do julgamento foi feita depois de preenchidos os três requisitos cumulativos, *supra* descritos.

Contudo, a questão essencial é a de saber qual a motivação subjacente a essa alteração do julgamento anterior. Dificilmente resultaria da falsificação do documento exarado na medida em que nos julgamentos babilónicos participavam mais do que um juiz. Szlechter³¹ e vários autores propõem uma interpretação no sentido de que a alteração ou mudança da sentença ter sido feita num processo de *eadem re*, dos mesmos factos, em que o juiz envolvido no primeiro processo teria proferido, num segundo processo pelos mesmos factos, uma sentença diferente da primeira. Afirma ainda Szlechter que “*podemos supor, com um elevado grau de certeza, que a alteração da sentença transitada em julgado teve lugar depois do processo precedente e no momento exacto de renovação da acção de eadem re. O juiz, perante o julgamento de uma nova acção pela prática dos mesmos factos, proferiu uma sentença diferente da precedente. Sendo assim, encontramos perante um caso de renovação da acção; a sanção aplicada ao juiz estaria, pois, estreitamente ligada à inobservância, pelo mesmo, do princípio da autoridade da coisa julgada*”³². Como sanção, o juiz estaria duplamente sujeito ao pagamento de carácter pecuniário bem como à perda, de carácter irrevogável, do cargo de juiz.

Destarte, o princípio do caso julgado viu a sua primeira consagração, ainda que incipiente, ocorrer há aproximadamente 4000 anos, numa época pré-clássica, fruto de uma sociedade, que ainda iminentemente belicista demonstrava já claras preocupações com a justiça e o bem-estar dos cidadãos. De facto, mesmo antes de 2000 a. C. a lei de talião, que predominava largamente entre os Hebreus numa época mais avançada³³, foi dando lugar a uma jurisdição mais humana em que, várias vezes, as multas substituíam os castigos corporais. Pelo exposto, parece-nos verosímil a integração, em *ultima ratio*, do princípio do *res judicata* e a sua dimensão negativa do *ne bis in idem* no âmbito do direito natural.

³¹ SZLECHTER, E. - *Codex Hammurabi*, p. 32; também KOSCHAKER, P., *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*, Königs von Babylon, p. 96; CUQ, E., *Études sur le droit Babylonien*, p. 384; DrivesMiles, BL I, p. 76 *apud* BOUZON, Emanuel – 2. Leis. In *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0. Notas 29 e 30, P. 50.

³² SZLECHTER, E. - *Codex Hammurabi*. P. 32 *apud* BOUZON, Emanuel – 2. Leis. In *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0. Nota 30, p. 50. Traduzido do original: “*On peut supposer avec beaucoup de vraisemblance que le “changement du jugement” a eu lieu “après” le précédent procès et lors du renouvellement de l’action de eadem re. Le juge saisi d’une nouvelle action de eadem re aurait rendu un jugement différent du précédent. S’il en est ainsi, on se trouverait en présence d’un cas de renouvellement de l’action; la sanction serait alors étroitement liée à l’inobservation par le juge du principe de l’autorité de la chose jugée*”.

³³ KRAMER, Samuel Noah - *A História Começa na Suméria*. Trad. de Fernando Piteira Santos. Mem-Martins: Publicações Europa-América Fórum da História, 1997. ISBN 972-1-04312-5.

1.2.1.1. – Origens do princípio *ne bis in idem*

A doutrina do caso julgado enforma um princípio inerente à maioria dos sistemas judiciais que conferem um carácter conclusivo à decisão primeira que impenda sobre um mesmo assunto e um mesmo sujeito. Na verdade, a importância da decisão conclusiva nos diferendos é evidente em textos antigos³⁴, remontando as primeiras referências a Hammurabi³⁵, Sófocles, em “*Ajax*”³⁶, ao livro do Digesto³⁷, aos Institutos Justinianos³⁸ e alguns textos Hindus³⁹.

Terá sido apenas na segunda metade do séc. XVIII que o princípio *ne bis in idem*, bem como o princípio do caso julgado e a proibição da retroactividade da lei penal terão começado a ganhar forma. Até lá, e durante a vigência do Absolutismo, estes princípios eram totalmente desconhecidos e ignorados na medida em que a importância da colectividade se sobrepunha ao indivíduo, e daí que, os direitos individuais não revestissem a mínima consistência normativo-prática. O Antigo Regime justificava o carácter não censurável da retroactividade da lei inovadora pelos poderes absolutos, de origem divina, do monarca pelo carácter preeminentemente estático do direito consuetudinário, que o sustentava⁴⁰.

Será, ainda, de reforçar que se chama à colação o princípio do caso julgado penal na medida em que o princípio *ne bis in idem* constitui a sua dimensão negativa.

³⁴ BARNETT, Peter R. - The doctrine of res judicata as it operates upon domestic judgments within the local forum. In *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgements: The preclusive effects of foreign judgements in private international law*. [Em linha] Oxford: Ed. Oxford Monographs in private international law, Oxford University Press, 2001. ISBN 0199243395, 9780199243396. Capítulo 1, p. 8. [Consult. 21.03.2009]. Temporariamente disponível em <http://books.google.pt>.

³⁵ BOUZON, Emanuel - *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0.

³⁶ BARNETT, Peter R. - The doctrine of res judicata as it operates upon domestic judgments within the local forum. In *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgements: The preclusive effects of foreign judgements in private international law*. [Em linha] Oxford: Ed. Oxford Monographs in private international law, Oxford University Press, 2001. ISBN 0199243395, 9780199243396. Capítulo 1, p. 8. [Consult. 21.03.2009]. Temporariamente disponível em <http://books.google.pt>. Nota12: Sófocles, *Ajax*, § 1239-1249: “... and if ye never will consent, though defeated, to accept that doom for which most judges gave their voice, but most ever assail us somewhere with revilings...now, where such ways prevail, no law could ever be firmly established, if we are to thrust the rightful winners aside, and bring the rearmost to the front”.

³⁷ BARNETT, Peter R., *Op. cit.*, Nota 13: Digesto, Livro L, Capítulo XVII: “*res judicata pro veritate accipitur*.” (De onde se retira o axioma *res judicata* – o caso julgado é tido por verdade não podendo ser o julgamento definitivo objecto de nova discussão).

³⁸ BARNETT, Peter R., *Op. cit.*, Nota 13: Institutos Justinianos IV, 13.5: “*Si judicio tecum actum fuerit sive in rem sive in personam, nihilominus obid actio durat, et ideo ipso jure posteo de sed eadem re adversus te agi postest: debes per exceptionem adjurari*”.

³⁹ BARNETT, Peter R., *Op. cit.*, Nota10: Sheoparson v. Rammandan Singh (1916) LR 43 Ind App 91, 98, PC, no qual o princípio *res judicata* foi reconhecido pela primeira vez no texto Katayana.

⁴⁰ MACHADO, João Baptista – Capítulo VIII, Secção I Aplicação da Lei no Tempo. In *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-0471-6. P. 223-252.

Apesar de se terem verificado algumas tentativas de consagração do caso julgado penal, a verdade é que terá sido apenas com o Movimento das Luzes ou Iluminista, do séc. XVIII que estes princípios adquiriram força jurídico-penal, por via da necessidade de afirmação da garantia do cidadão face ao Estado, nomeadamente, do “princípio do *plus amplement informé*” que agudizava as profundas diferenças entre o 3.º Estado e a Aristocracia⁴¹.

A partir do séc. XVIII, fruto da Revolução Francesa de 1789, tanto o princípio *ne bis in idem* como o princípio da irretroactividade da lei penal, afirmam-se no mundo ocidental como uma garantia política da segurança individual do cidadão face à arbitrária perseguição penal, admitindo, porém, algumas excepções à irretroactividade. A irretroactividade a lei penal nasceu, então, da necessidade reequilibrar a sociedade, dotando-a de regras de conduta e de expectativas juridicamente protegidas de conduta estáveis que assim atribuíam uma maior certeza e segurança jurídica aos cidadãos. Deste modo, as normas que resultaram do novo impulso legislador revolucionário apenas estatuíam *ex nunc* e não *ex ante*, pois uma nova norma não poderia ser aplicada a condutas que pré-existiam à data da sua entrada em vigor por se tal se tratar de um procedimento *absurdo*⁴² e contrário à própria essência da lei⁴³. Fica, contudo, admitida a retroactividade nos casos em que não constitua uma violação manifesta de normas ou princípios constitucionais⁴⁴.

Como princípio universal de direito⁴⁵, a irretroactividade não se restringe à norma jurídica. De facto, a irretroactividade das decisões judiciais consolida a segurança e certeza jurídicas que brotam, *a priori*, da irretroactividade das normas legais. Assim, a previsibilidade

⁴¹ CORREIA, Eduardo - I. unidade e pluralidade de infracções – II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. In *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*. 2.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996. ISBN 978-972-400-423-5 P. 302 e 381-4.

⁴² MACHADO, João Baptista – Problemas de filosofia e de política jurídica subjacente à teoria da não retroactividade. Fundamento último do princípio da não retroactividade. In *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-0471-6. Capítulo VIII, Secção I §1, Ponto 2, p. 225.

⁴³ SAVIGNY *apud* MACHADO, João Baptista – Problemas de filosofia e de política jurídica subjacente à teoria da não retroactividade. Fundamento último do princípio da não retroactividade. In *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-0471-6. Capítulo VIII, Secção I §1, Ponto 2, p. 224.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes – Parte III, Título 2, Capítulo 1, Ponto C., II – Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7. P. 261.

⁴⁵ MACHADO, João Baptista – Problemas de filosofia e de política jurídica subjacente à teoria da não retroactividade. Fundamento último do princípio da não retroactividade. In *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-0471-6. Capítulo VIII, Secção I §1, Ponto 2, p. 224.

e a estabilidade⁴⁶ definitiva das decisões judiciais protegem o cidadão de decisões incertas e arbitrárias. Desta intangibilidade do caso julgado resulta o princípio *ne bis in idem* que garante aos cidadãos o afastamento de uma dupla punibilidade pela prática do mesmo facto penalmente relevante, salvaguardando-se as excepções ao caso julgado (p. ex.: no caso de «erro judiciário»⁴⁷).

A título de exemplo, expomos agora alguns textos legais produtos da Revolução Francesa e do Iluminismo e que ilustram, na cultura ocidental historicamente situada, o especial cuidado e urgência na estatuição nos recém-elaborados diplomas legais da irretroactividade, do princípio do caso julgado e suas excepções bem como do princípio *ne bis in idem*:

Legislação Francesa - Em consequência do fervor revolucionário, o decreto de 17 do Nivôse, Ano II determinou a aplicação retroactiva de disposições relativas à sucessão por morte, por considerar as leis antigas ilegítimas por não obedecerem ao Direito Natural.

Contudo, a irretroactividade da lei fica definitivamente consagrada em 1792: «nenhuma lei, criminal ou civil, pode ter efeito retroactivo». In Constituição Francesa de 1792⁴⁸.

O princípio do caso julgado encontra a sua consagração logo em 1791: «*Todo o homem absolvido por um júri legal, não poderá voltar a ser preso nem acusado em razão do mesmo facto*», in Constituição Francesa de 1791⁴⁹, o mesmo acontecendo com o princípio *ne bis in idem*: «*Todo o particular absolvido desta forma nunca mais poderá voltar a ser preso nem acusado em razão do mesmo facto*», in Código Penal Francês de 1791, Título VIII, art.º 3º⁵⁰.

Legislação Portuguesa – Herdeiro dos ideais revolucionários e iluministas de Montesquieu e Beccaria e consciente da necessidade de segurança jurídica o projecto do código penal português de Mello Freire consagra o princípio do caso julgado, da seguinte

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes – Parte III, Título 2, Capítulo 1, Ponto C., II – Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7. P. 257-266 e 396.

⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes – Parte III, Título 2, Capítulo 1, Ponto C., II – Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7. P. 265. Sinais gráficos do autor.

⁴⁸ MACHADO, João Baptista – Problemas de filosofia e de política jurídica subjacente à teoria da não retroactividade. Fundamento último do princípio da não retroactividade. In *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-0471-6. Capítulo VIII, Secção I §1, Ponto 2, p. 224-225.

⁴⁹ CARVALHO, Américo A. Taipa de - *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contra-venções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0, p. 214.

⁵⁰ CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Op.cit.*, p. 214.

forma: «*Não se pode conhecer do crime que uma vez foi punido por sentença que condenou o réu, na conformidade da lei, ou que o absolveu na mesma conformidade*», in Projecto do Código Criminal de Mello Freire, Título LVI, § 5º⁵¹. A consagração do *ne bis in idem* prevê para as violações do princípio a sanção mais grave, a nulidade: «*Sobre o mesmo crime e entre as mesmas pessoas não será recebida, sob pena de nulidade, segunda querella*», in Nova Reforma Judiciária de 1837, resultante da Reforma Judiciária de 1832 e com continuação na Novíssima Reforma Judiciária de 1841⁵².

O princípio *ne bis in idem* não pode, por isso, desligar-se da irretroactividade nem do princípio do caso julgado penal que se caracterizaram, naquele período histórico, por uma real absolutização motivada mais pela preocupação em defender o cidadão da repetição arbitrária do julgamento e não tanto pelo prestígio devido à decisão do juiz *ex officio*.

⁵¹ CARVALHO, Américo A. Taipa de - *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0, p. 214.

⁵² CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Op.cit.*, p. 214.

1.2.1.2. – O princípio *ne bis in idem* e o ordenamento jurídico Português – subsídios para a evolução histórica, cultural, política e jurídica

A relação temporal e teleológica entre o princípio do caso julgado e o princípio da retroactividade da lei penal⁵³ desenvolve-se em dois momentos essenciais: um primeiro momento de reacção radical contra o absolutismo que motivou a referida absolutização do caso julgado, ou seja, uma proibição de abertura do caso julgado em qualquer circunstância; e um segundo momento, segunda metade do séc. XIX, e já refreados os ânimos revolucionários, verificou-se que tanto o princípio do caso julgado como o princípio *ne bis in idem* em nada conflituam com a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, i.e., *lex mitior*, visto que todos preconizam a segurança do indivíduo de formas diversas mas convergentes. Fala-se, assim, de uma progressiva relativização do caso julgado penal que se encontra plasmado em diversos textos legais de época, e com particular incidência no caso português. Como exemplo da absolutização do caso julgado na legislação portuguesa do séc. XIX trazemos à colação o Projecto de Código Penal da Nação Portuguesa de 1837, José Manuel da Veiga: «Os réos de todos os malefícios cometidos antes da promulgação deste Código, e que tem de ser sentenciados em 1.^a ou 2.^a instância, ou em instância re-começada, em consequência de concessão de revista, serão punidos com as penas das leis anteriores, se as correspondentes aos malefícios forem menores do que as deste Código: porém se forem maiores, o serão com as do Código. - Os que, ao tempo da promulgação deste Código, já estiverem condenados em penas maiores do que as que elle prescreve para os respectivos malefícios, por sentenças passadas em julgado, só tem direito à Clemência do Poder Moderador», art.º 473.⁵⁴

Apesar do pendor absoluto do caso julgado, por forma a garantir a segurança do indivíduo face à possível dupla condenação, consagra-se uma excepção traduzida no recurso ao instituto da graça real que permite superar, por via da clemência e perdão, os casos em que a absolutização do caso julgado era gerador de injustiças: «Aos processados ou condemnados por sentenças que ainda não tenham passado em julgado, ao tempo da promulgação deste Código, em consequência de factos ou omissões classificados malefícios nas leis anteriores, e não contemplados como taes neste Código, nenhuma pena será imposta; - Se as sentenças tiverem passado em julgado, implorarão a clemência ao Poder Moderador», art.º 474.⁵⁵

⁵³ CARVALHO, Américo A. Taipa de - *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.^a Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0, p. 213-255.

⁵⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de - *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.^a Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0, p. 215, 216.

⁵⁵ CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Op.cit.*, p. 215, 216.

Na Nova Reforma Penal de 1884 que deu origem ao Código Penal de 1886, José Luciano de Castro refere-se à aplicação retroactiva da lei penal mais favorável: «(...)a legislação sobre a retroactividade da lei penal fica idêntica à italiana e mais ampla que a belga (...), e mais restricta que a do Código hespanhol. Este código (...) estabelece o princípio de que as leis penaes tenham effeito retroactivo na parte em que favorecem os réos, ainda que estes já estejam condemnados por sentença passada em julgado, mas não me parece que no estado actual da nossa legislação essa doutrina possa e deva ter applicação ao nosso paiz com tamanha latitude.»⁵⁶. No Código Penal espanhol de 1848 e 1850, o caso julgado constituía um limite à retroactividade da lei penal mais favorável, propugnando, até, a “santidade do caso julgado”. Contudo, com o Código de 1870 (art.º 23.º) consagrou-se a aplicação retroactiva da *lex mitior*, mesmo nos casos julgados. Actualmente, o Código Penal Espanhol de 1995 reforça esta ideia no seu art.º 2.º, n.º 2⁵⁷. Na Nova Reforma Penal Portuguesa de 1884, como vimos, não obstante as reservas relativas à aplicação da lei penal mais favorável de forma ampla, começava já a ter-se a noção de que o princípio *ne bis in idem* não impedia a aplicação da *lex mitior*⁵⁸, visto que a *ratio* do caso julgado prendia-se com garantia do cidadão e do delinquente bem como a defesa da sociedade pela aplicação da pena adequada a esse fim (que são, afinal, os mesmos fundamentos do princípio *ne bis in idem*).

É por esta razão que Luciano de Castro⁵⁹ redigiu o que viria a ser o art.º 6.º do Código Penal de 1886, dispondo da seguinte forma: «Tendo havido condenação passada em

⁵⁶ CARVALHO, Américo A. Taipa de - *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0, p. 218, 219.

⁵⁷ CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Op.cit.*, p. 218, nota 324.

⁵⁸ CARVALHO, Américo A. Taipa de - *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0, p. 219.

⁵⁹ CARVALHO, Américo A. Taipa de – 4.º Capítulo I. Caso Julgado Penal, *Ne Bis In Idem* e Proibição da Retroactividade da Lei Penal: a *ratio* comum de garantia política na origem da afirmação histórica destes princípios (Séc. XVIII-2.ª metade). In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0., p. 220. “Eis a válida contra-argumentação de LUCIANO DE CASTRO, segundo o relato de Henriques da Silva (326): «O Sr. Luciano de Castro defendeu a sua proposta, dizendo que o princípio que manda aplicar a pena mais leve é um princípio de justiça e, portanto, devia abranger tanto os que fossem julgados de novo com os que já estivessem definitivamente condenados.

Seria de facto uma flagrante desigualdade se, por uma simples demora no processo, dois crimes idênticos, praticados na mesma ocasião, tivessem de ser castigados com penas diferentes.

Quanto à objecção 2.ª, de aproveitar o benefício só a um por ter já o outro expiado a pena, responde o Sr. José Luciano que *é melhor aplicar-se só a um do que a nenhum*.

Se dois criminosos fossem condenados à morte e, depois de decapitado um deles, viesse uma lei substituir a pena de morte, acaso se havia também de decapitar o sobrevivente pela simples razão de o outro o ter sido?

É verdade que há o poder moderador para perdoar ou commutar as penas, mas o poder moderador pode exercer-se em relação a certos réus mas não a uma classe inteira de criminosos, além de *que neste caso não se trata de favor, mas de justiça*» (327).” Itálicos do Autor.

julgado, será aplicável a pena mais leve em relação à sua espécie ou duração estabelecida na lei posterior para a infracção definida na sentença»⁶⁰.

Actualmente, o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável encontra-se definitivamente consagrado no art.º 29.º, n.º 4 e 282.º, n.º 3 da C.R.P. e art.º 2.º, n.º 4 do C.P. que serão objecto de análise no decorrer desta dissertação.

⁶⁰ CARVALHO, Américo A. Taipa de - 4.º Capítulo I. Caso Julgado Penal, Ne Bis In Idem e Proibição da Retroactividade da Lei Penal: a *ratio* comum de garantia política na origem da afirmação histórica destes princípios (Séc. XVIII-2.ª metade). In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0., p. 218 e 219.

1.2.1.3. – O princípio *ne bis in idem* na actualidade

O estudo do princípio *ne bis in idem* no ordenamento jurídico-criminal português actual desenvolve-se em torno de três momentos distintos: análise do princípio *ne bis in idem* na C.R.P., no C.P. e no C.P.P..

1.2.1.3.1. – A Constituição da República Portuguesa

Como já vimos, o princípio do caso julgado encontra-se constitucionalmente consagrado nos art.º 29.º, n.º 4 e 282.º, n.º 3 da C.R.P.: art.º 29.º, n.º 4: “*Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido*”. E art.º 282.º, n.º 3, acerca da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade pelo Tribunal Constitucional: “*Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*”.

O conceito de caso julgado, apesar de diversas vezes mencionado no texto constitucional, não se encontra aí definido visto que se trata de uma realidade pré-constitucional que designa as situações que, de forma definitiva e irretractável, foram fixadas por sentença judicial, distinguindo-as claramente de outras situações jurídicas consolidadas, como p. ex. a caducidade ou prescrição.

Por outro lado, o princípio da aplicação da lei penal mais favorável ao arguido abrange, ao menos por analogia, todos os tipos punitivos constitucionalmente previstos; ou seja, aplica-se a três domínios sancionatórios individualmente considerados, [art.º 165.º, n.º 1, al. d)]: ilícito criminal, ilícito disciplinar e o ilícito de mera ordenação social, na medida em que a *ratio legis* visa a revisão do caso julgado em situações de tratamento mais favorável ao arguido, independentemente do tipo de sanção e sem que haja discordância com o princípio *ne bis in idem*⁶¹.

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital – Anotações ao Artigo 282.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 108.º a 296.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1839-8. Vol. II, P. 972 ss.

1.2.1.3.1.1. - Fundamentos

O caso julgado e o *ne bis in idem*, sua dimensão negativa, têm como fundamento ou *ratio* a garantia política e a segurança jurídico-penal do indivíduo face ao *jus puniendi* estadual. É por esta razão que o princípio *ne bis in idem* encontra acolhimento nos textos constitucionais, a par de outros direitos fundamentais que constituem garantias do cidadão: art.º 18.º, n.º 2 – o princípio da máxima restrição da pena reconduz-nos à necessidade de aplicação retroactiva da lei penal mais favorável. A Constituição portuguesa proíbe explicitamente o duplo julgamento mas não a dupla penalização apesar de esta estar condicionada por aquela⁶². Ao invés, a Constituição Alemã Federal refere que a “*proibição da retroactividade da lei penal é um direito de protecção frente ao Estado*”⁶³, proibindo claramente a dupla punição no seu art.º 103.º-III.

Também Novella Galantini⁶⁴ defende que a *ratio* do *ne bis in idem* será a de “*subtrair o indivíduo a uma ilimitada e porventura arbitrária perseguição penal*”.

Por via das similitudes entre as disposições legais portuguesas e italianas, referimos o disposto no art.º 579.º do Código de Processo Penal italiano que nos confere uma noção cristalina do fundamento teleológico do *ne bis in idem*: “*Na hipótese de o ne bis in idem não ter sido respeitado, não se aplicará, necessariamente, a primeira sentença transitada em julgado, mas sim a mais favorável ao condenado*”.

Daqui se retira que o fundamento do caso julgado penal, na sua dimensão negativa de proibição de duplo julgamento, é a tutela da segurança do cidadão face ao Estado, visto que,

⁶² CARVALHO, Américo A. Taipa de – II. Doutrina Actual: Caso Julgado Penal e Caso Julgado Civil; Recusa Acrítica Perspectiva Pancivilística do Caso Julgado. In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P. 222.

⁶³ KUNIG, Philip *apud* CARVALHO, Américo A. Taipa de – II. Doutrina Actual: Caso Julgado Penal e Caso Julgado Civil; Recusa Acrítica Perspectiva Pancivilística do Caso Julgado. In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P. 222.

⁶⁴ GALANTINI, Novella *apud* CARVALHO, Américo A. Taipa de – II. Doutrina Actual: Caso Julgado Penal e Caso Julgado Civil; Recusa Acrítica Perspectiva Pancivilística do Caso Julgado. In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P. 221-223.

se fosse a certeza jurídica ou a intangibilidade absoluta do caso julgado, então a solução seria a inexistência da segunda sentença, ainda que mais favorável⁶⁵.

Destarte, conclui-se que a certeza jurídica não é o fundamento da consagração constitucional do princípio *ne bis in idem*; de facto, a certeza jurídica que emana do caso julgado penal é apenas uma forma ou meio que veicula o verdadeiro fundamento do *ne bis in idem*, ou seja, a tutela da segurança do cidadão, a garantia política dos direitos fundamentais e a sua protecção face a eventuais posições arbitrárias do Estado, limitando-o no uso do seu *jus puniendi*.

Daí que defendamos a incongruência da *ratio* dos princípios *ne bis in idem* e *favor libertatis* (ou máxima efectivação dos direitos fundamentais) com a invocação do caso julgado como argumento justificativo da não aplicação da lei penal mais favorável. Pensamos, então, que o caso julgado penal, tendo apenas dignidade constitucional por via da função de garantia jurídico-penal do cidadão e não da certeza jurídica, não contradiz o princípio da aplicação da lei penal mais favorável. Adoptamos, assim, uma posição divergente da do S.T.J. (acórdão de 10/07/1984), defendendo a inconstitucionalidade do art.º 2.º, n.º 4 *in fine* da Decreto-lei 48/95, de 15 de Março, questão que analisaremos no decurso do primeiro capítulo, *cum grano salis*.

⁶⁵ CARVALHO, Américo A. Taipa de – II. Doutrina Actual: Caso Julgado Penal e Caso Julgado Civil; Recusa Acrítica Perspectiva Pancivilística do Caso Julgado. In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável (...)*. 2.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P. 221-223.

1.2.1.3.1.2. – Limites e excepções

Assumindo-se como subprincípio do Estado de Direito e garantia da certeza jurídica, todo e limite e excepção à intangibilidade do caso julgado deverá ter, na base, um fundamento material inequívoco⁶⁶. Passamos, pois, a indicar alguns dos limites e excepções.

1.2.1.3.1.2.1. – Limites objectivos

Um dos limites objectivos à intangibilidade do caso julgado encontra-se em sede do processo civil onde, para que se aplique o princípio do caso julgado, exige-se a identidade dos sujeitos, do pedido e da causa de pedir, entre a causa decidida e a causa a decidir. Art.º 498.º, n.º 1 C.P.C.: “*Repete-se a causa quando se propõe uma acção idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir.*” A identidade dos sujeitos afere-se pela qualidade jurídica em que autor e réu actuam, nos termos do n.º 2, do art.º 498.º do C.P.C.⁶⁷. Todavia, perante o instituto da representação deverá entender-se como parte o representado e não o representante⁶⁸. Para aferir da identidade do pedido em processo civil, deve atender-se ao objecto da sentença aplicando-se a intangibilidade do caso julgado aos casos em que é inadmissível uma nova acção. Por fim, a identidade da causa de pedir em processo civil traduz-se na identidade dos factos que constituem o núcleo essencial da previsão da norma que estatui o efeito material⁶⁹. Contudo, em sede de processo penal subsistem diferenças de regime sendo irrelevante a identidade da parte acusadora (M.P. ou assistente) face à identidade do arguido, visto que seria o arguido a ser submetido a novo julgamento. Por outro lado, a identidade do pedido e da causa de pedir suscitam alguns desafios. De facto, o que deve entender-se por ‘pedido’ e ‘causa de pedir’ em processo penal? Por ‘causa de pedir’ deve entender-se a indicação dos factos, e por ‘pedido’ deve entender-se a pretensão de reconhecimento jurisdicional de que aquele facto constitui crime, devendo existir identidade

⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes – Parte III, Título 2, Capítulo 1, Ponto C., II – Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7. P. 265.

⁶⁷ FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO – Anotações 1 a 6 ao art.º 498.º do Código de Processo Civil. In *Código de Processo Civil Anotado, Volume 2.º, artigos 381.º a 675.º*. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1616-5. P. 347 – 355.

⁶⁸ FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO, *Op.cit.*, P. 347 – 355.

⁶⁹ FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO – Anotações 1 a 6 ao art.º 498.º do Código de Processo Civil. In *Código de Processo Civil Anotado, Volume 2.º, artigos 381.º a 675.º*. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1616-5. P. 347 – 355.

de ambos entre os factos já julgados e os que se pretendem julgar no novo processo⁷⁰. A aplicação do princípio do caso julgado fica legitimada apenas no caso de existir identidade entre o processo transitado em julgado e o processo que se pretende instaurar⁷¹.

Questão diversa será o que devemos entender, em sede da C.R.P., pela expressão “*mesmo crime*” plasmada no art.º 29.º, n.º 5 da C.R.P. que consagra o princípio *ne bis in idem*: “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.”. A expressão “*mesmo crime*” adquire particular relevância no âmbito do concurso real e concurso aparente de normas⁷². Assim, o crime será o mesmo⁷³ quando se verifique: a) uma parte comum entre o facto julgado e o facto a julgar; b) que os factos tenham ofendido o mesmo bem jurídico, da mesma forma ou formem um todo do ponto de vista jurídico.

A litispendência em processo penal concretiza-se nas situações em que no mesmo ou em diferentes tribunais correm dois processos entre os mesmos sujeitos acerca do mesmo facto⁷⁴. Tal situação gera um conflito de competências que cessará assim que um dos tribunais se declarar competente ou incompetente consoante se trate, respectivamente, de um conflito positivo ou negativo de competências, nos termos do n.º 1 e n.º 2 do art.º 34.º do C.P.P.⁷⁵. Assim, por respeito ao princípio da economia processual e ao *ne bis in idem*, fica afastado do julgamento um dos tribunais evitando-se, desta forma, contradições ou reproduções da anterior decisão do juiz⁷⁶. A litispendência não se encontra regulada no direito processual penal mas a ele se aplicam subsidiariamente as disposições, de direito processual civil, relativas à litispendência⁷⁷. Assim se conclui que a litispendência é ainda uma decorrência do princípio *ne bis in idem* que conduz à absolvição da instância visto que o processo pendente pela prática do mesmo facto penalmente relevante e praticado pelo mesmo sujeito não poderá ser objecto de julgamento por outro tribunal⁷⁸.

⁷⁰ SILVA, Germano Marques da – O Caso Julgado Material. In *Curso de Processo Penal Vol. III*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2000. ISBN 972-22-1636-8. P. 41-46.

⁷¹ SILVA, Germano Marques da – O Caso Julgado Material. In *Curso de Processo Penal Vol. III*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2000. ISBN 972-22-1636-8. P. 43.

⁷² Temática que trataremos na presente dissertação.

⁷³ SILVA, Germano Marques da – O Caso Julgado Material. In *Curso de Processo Penal Vol. III*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2000. ISBN 972-22-1636-8. P. 41-46.

⁷⁴ PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel – *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3765-3, p. 302.

⁷⁵ PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel – *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3765-3, p. 302.

⁷⁶ SILVA, Germano Marques da – O Caso Julgado Material. In *Curso de Processo Penal Vol. III*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2000. ISBN 972-22-1636-8. P. 41-46.

⁷⁷ SILVA, Germano Marques da, *Op.cit.*, p. 46.

⁷⁸ SILVA, Germano Marques da – O Caso Julgado Material. In *Curso de Processo Penal Vol. III*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2000. ISBN 972-22-1636-8. P. 46.

1.2.1.3.1.2.2. - Excepções

No âmbito das excepções, resultam dificuldades no que respeita à questão das leis temporárias na medida em que podem conduzir a situações de excepção da intangibilidade do caso julgado.

De um modo geral, por leis temporárias deve entender-se as leis que se destinam a vigorar em determinado período de tempo, certo ou incerto, cessando a sua vigência por caducidade⁷⁹ findo o período de tempo para o qual foram previstas. Assim, as leis penais temporárias, fruto de circunstâncias excepcionais, prevêm condutas que são penalmente relevantes apenas durante uma faixa temporal limitada e que, situadas fora desse período de tempo excepcional, perdem a sua relevância penal⁸⁰.

Ao agente que praticar uma conduta penalmente relevante na pendência da lei temporária mas que vier a ser julgado num momento posterior ao da vigência da lei temporária, ser-lhe-á aplicada a sanção primeiramente estatuída na lei temporária ainda que a sua conduta não constitua um facto penalmente relevante ao abrigo da lei em vigor à data do julgamento⁸¹. Referimos, essencialmente, três fundamentos do afastamento da retroactividade da lei penal mais favorável: primeiro, a lei penal temporária afasta a aplicação da lei penal posterior mais favorável por se fundamentar na necessidade de protecção efectiva dos bens jurídicos que a lei temporária considerou indispensável tutelar durante aquele período de tempo determinado; segundo, a necessidade de afastar a aplicação retroactiva da lei penal posterior mais favorável no caso de aplicação de leis temporárias fundamenta-se ainda no facto de a certeza do carácter efémero da lei temporária e a previsibilidade da sua caducidade poderem criar no agente a expectativa de não ser punido, bastando para tal aguardar o momento da cessação da vigência da lei temporária⁸². Tal estado de coisas, a acontecer, defraudaria a protecção da segurança jurídica do titular do bem jurídico lesado durante a vigência da lei penal temporária; terceiro, o n.º 3 do art.º 2.º do C.P. ao afastar a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável no caso das leis temporárias, não viola o disposto no n.º 4, do art.º 29.º da C.R.P. por se tratar de questões conceptualmente diferentes. De facto, temos que atender à diferença entre ‘sucessão de leis penais sem-mais’ de ‘sucessão de leis

⁷⁹ PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel – *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3765-3, p. 296.

⁸⁰ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol. I, Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X. P. 273 ss.

⁸¹ SILVA, Germano Marques da, *Op.cit.*, p. 273 ss.

⁸² SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol. I, Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X. P. 273 ss.

penais temporárias'. Assim, a existir uma sucessão de leis penais temporárias em que a lei penal temporária posterior é mais favorável, então, nesse caso, aplicar-se-á a lei penal temporária posterior mais favorável, aplicando-se o princípio geral da retroactividade da lei mais favorável⁸³.

Deste modo, também o caso julgado está revestido de relativa intangibilidade ao abrigo da lei penal temporária, ainda que o julgamento decorra após o *terminus* da vigência da lei temporária, com os mesmos fundamentos e excepção *supra*, ou seja: a necessidade de protecção efectiva de bens jurídicos protegidos num momento temporalmente delimitado, o afastamento de eventuais situações de impunibilidade frutos do próprio decurso do tempo e a possibilidade de reabertura do caso julgado para aplicação de lei penal temporária posterior mais favorável, caso venha a existir⁸⁴.

Em suma, consideramos que as leis temporárias constituem uma excepção ao princípio do caso julgado na medida em que se aplicam a situações atípicas, produto de circunstancialismos excepcionais e dotadas de um regime próprio que afasta a aplicação normal e regular do instituto do caso julgado; ou seja, consideramos que as leis penais temporárias constituem uma excepção ao caso julgado na medida em que não admitem a aplicação da lei penal posterior mais favorável a uma lei penal temporária anterior menos favorável. Na verdade, os casos julgados de condutas delituosas cometidas no período de vigência de uma lei penal temporária vêm-lhes negada a possibilidade de aplicação da lei penal posterior mais favorável, excepto se se verificar uma condição extravagante: uma sucessão de leis temporárias, aplicando-se ao caso julgado a lei penal temporária posterior mais favorável que a lei penal temporária anterior⁸⁵.

⁸³ SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol. I, Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X. P. 273 ss.

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo - VI. A proibição de retroactividade. O âmbito de validade temporal da lei penal ou problema da "aplicação da lei penal no tempo". In *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P. 189-193.

⁸⁵ SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol. I, Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X. P. 273 ss.

1.2.1.3.1.3. – Concurso aparente e concurso real de normas

Sentimos necessidade de abordar o tema do concurso de normas no âmbito do C.P. de modo a abranger os casos em que duas ou mais normas penais poderão ser acolhidas num mesmo facto.

Obedecendo ao *ne bis in idem* processual, um mesmo facto não pode ser duplamente objecto de diferentes processos e o *ne bis in idem* substancial impede a múltipla punição de um mesmo facto⁸⁶, relacionando-se, assim, com a temática do concurso de normas que trataremos seguidamente.

Quando a um mesmo facto se aplicam várias normas, estamos perante uma convergência de normas que se traduz em duas situações: a das normas antitéticas, ou seja, um conflito de normas; e as normas que detêm a mesma autoridade perante o mesmo facto e que, assim, não convergem mas antes concorrem para o mesmo facto⁸⁷. Neste último caso há ainda que distinguir duas circunstâncias abstractas: um concurso real de normas⁸⁸ em que um mesmo facto constitui uma violação simultânea de normas independentes que se aplicam simultaneamente; um concurso aparente de normas, em que para um mesmo facto, concorrem várias normas cuja relação de especialidade, subsidiariedade ou consumpção leva à aplicação de apenas uma das normas com o consequente afastamento das demais⁸⁹. Por outro lado, quando duas normas se aplicam a um mesmo facto, deverá ainda averiguar-se se não se trata de uma situação relativa à sucessão de leis no tempo. Tal situação, a suceder, será solucionada pela aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, ou seja, a lei posterior derroga a lei anterior. Contudo, deverá ser dada especial atenção à temática do concurso aparente de normas na medida em que a situação de duas normas simultaneamente vigentes e com a mesma autoridade concorrerem formalmente para um mesmo facto, consubstanciar uma violação do *ne bis in idem*⁹⁰ do mero ponto de vista formal pois apenas uma das normas será aplicável.

⁸⁶ SILVA, Germano Marques da – Concurso aparente de normas ou leis penais. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. I: Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.^a Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X, p. 325 ss.

⁸⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.^a Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 525 ss.

⁸⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Op.cit.*, p. 525 ss.

⁸⁹ SILVA, Germano Marques da – Concurso aparente de normas ou leis penais. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. I: Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.^a Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X, p. 325 ss.

⁹⁰ SILVA, Germano Marques da, *Op.cit.*, p. 325 ss.

No concurso aparente de normas enquadram-se, assim, situações em que a conduta do agente se subsume à previsão de várias normas, todas elas aparentemente aplicáveis, sendo que apenas uma delas será, de facto, aplicada⁹¹. Assim, o agente será punido pelo previsto apenas numa das normas em que formalmente se integra o facto por si praticado por força do princípio *ne bis in idem*, que afasta a possibilidade de aplicabilidade simultânea de duas normas com a mesma autoridade⁹². Conclui-se, então que, em caso de concurso aparente de normas o facto integra-se formalmente em várias normas mas apenas viola efectivamente uma das normas, dispensando-se, por isso, a aplicação das demais⁹³.

Em bom rigor, o concurso aparente de normas fica excluído da pluralidade de qualificações de forma indirecta no art.º 30.º, n.º 1 do C.P. visto que a expressão «efectivamente» obriga a que tenha existido, de facto, uma violação diferentes normas incriminadoras, ou seja, um concurso real de normas⁹⁴. Neste caso, estamos já perante uma situação de concurso real de normas, um concurso efectivo de normas, resultado da aplicação efectiva de várias normas ao facto praticado pelo agente. Pode ainda distinguir-se, no âmbito do concurso real de normas, o concurso homogéneo de normas (quando o mesmo facto viola várias vezes a mesma norma) do concurso heterogéneo de normas (quando o mesmo facto viola uma pluralidade de normas)⁹⁵.

Atendendo, agora, à relação do *ne bis in idem* com o concurso aparente de normas, há que distinguir a relação de especialidade, subsidiariedade e consumpção. Como vimos, em todas as referidas relações, estamos perante um concurso formal em que apenas ambas as normas valoram totalmente a matéria de facto mas apenas uma delas será aplicável, afastando a norma aparente e formalmente aplicável⁹⁶. Na relação de especialidade, atendemos às regras gerais de interpretação do art.º 7.º, n.º 3 do C.C. em que lei especial derroga a lei geral o que significa que, concorrendo formalmente para um mesmo facto uma lei geral e uma lei especial, prevalecerá a lei especial. À relação de subsidiariedade entre duas normas em

⁹¹ SILVA, Germano Marques da – Concurso aparente de normas ou leis penais. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. I: Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X, p. 325 ss.

⁹² SILVA, Germano Marques da – Concurso aparente de normas ou leis penais. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. I: Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X, p. 325 ss.

⁹³ SILVA, Germano Marques da, *Op.cit.*, p. 325 ss.

⁹⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 525 ss.

⁹⁵ SILVA, Germano Marques da – Concurso aparente de normas ou leis penais. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. I: Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X, p. 325 ss.

⁹⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 525 ss.

concurso aparente está subjacente uma relação de especialidade explicada pela interferência de uma norma na outra. Para Cavaleiro de Ferreira⁹⁷, duas normas incriminadoras podem conter elementos que se aplicam, simultaneamente e do ponto de vista formal, ao mesmo facto, existindo uma interferência entre o âmbito de aplicação de uma e outra norma. Contudo, a aplicação cumulativa das duas normas representaria uma violação do *ne bis in idem* substantivo por se tratar de uma dupla valoração do mesmo facto por normas distintas. Assim, aplicar-se-á a norma que, no caso concreto, esgotar a sua apreciação jurídica, ou seja, a norma que preencher na medida certa o crime praticado e os bens jurídicos violados.

A relação de consumpção refere-se fundamentalmente às situações em que o facto praticado pelo agente fica tutelado por normas autónomas sendo que apenas uma será aplicável, sob pena de a dupla incriminação se traduzir numa violação do *ne bis in idem*. Assim, a norma aplicável será a norma hierarquicamente superior, ou seja, a norma que, além dos bens jurídicos que autonomamente tutela, englobar ainda no seu conteúdo o desvalor da acção prevista pela outra norma⁹⁸.

⁹⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.^a Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 525 ss.

⁹⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.^a Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 525 ss.

1.2.1.3.1.4. – Concurso de normas e o princípio *ne bis in idem*

Sintetizando agora o que ficou dito no ponto anterior, no concurso aparente de normas não se verifica violação do *ne bis in idem* visto que, nestes casos, a conduta do agente é subsumida em todas as normas mas uma norma afasta a outra, sendo aplicada apenas uma delas e o agente responsabilizado apenas por um dos crimes.

Também no concurso real de normas não se verifica a violação do *ne bis in idem*, na medida em que, apesar de o facto punível ser o mesmo, a conduta do agente que se traduzir na violação de vários bens jurídico-penais justifica a punição de cada violação que, por via da existência de uma multiplicidade de bens jurídicos lesados, não constitui uma dupla punição pelo mesmo facto. Assim, por exemplo, no caso do concurso homogéneo, o agente que pratique o homicídio de trezentas pessoas poderia ser acusado pela prática de trezentos homicídios⁹⁹.

No seguimento do estudo do concurso de normas, cabe-nos agora analisar a observância do *ne bis in idem* em sede de situações de comparticipação criminosa, concurso de crimes e crime continuado.

1.2.1.3.1.5. – Comparticipação, concurso de crimes e crime continuado

Na disposição jurídico-constitucional do art.º 29.º, n.º 5 da C.R.P.: “*Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.*”, fica claramente proibido duplo julgamento que pretende evitar tanto a condenação do agente definitivamente absolvido pela prática da infracção, como a aplicação renovada de sanções jurídico-penais pela prática do mesmo crime¹⁰⁰. Contudo, não fica proibida a dupla penalização, facto que se deve, em grande medida, ao sentido atribuído à expressão “*prática do mesmo crime*”.

De facto, o princípio *ne bis in idem* encontra-se restringido à proibição de ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime. Daí que, devido à autonomia do ilícito disciplinar relativamente ao ilícito penal, possamos deparar-nos com casos de cumulação de medidas disciplinares com pena criminal, sem que haja, por isso, violação do *ne bis in idem*. Todavia, e ainda recentemente, subsistiam soluções duvidosas como o caso da sanção penal

⁹⁹ LOURENÇO, Ana Paula, e SILVA, Fernando - *Lições de Direito Penal, Ano Lectivo 2006/2007*. Lisboa: [s.l.], 2006/2007. Lições de Direito Penal leccionadas na Universidade Autónoma de Lisboa.

¹⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. P. 491 ss.

acessória de *demissão da função pública* (art.º 66.º C.P. de 1982) que tinha uma sanção disciplinar homónima. Contudo, a reforma de 1995 alterou a referida pena criminal acessória, substituindo-a pela *proibição (temporária) de assunção ou exercício da função pública*. Apesar de não existir actualmente nenhuma objecção à cumulação, relativamente ao mesmo facto, de medidas disciplinares e penas criminais, defende Figueiredo Dias¹⁰¹ que talvez fosse preferível deixar terminar o processo criminal que, ao conduzir à aplicação de uma pena acessória de proibição de exercício de função, representaria uma consumpção do poder disciplinar que resultasse em demissão, conduzindo a soluções mais justas. Contudo, especial atenção deve ser dada à medida disciplinar de detenção¹⁰² presente no direito militar e que prevê sanções de privação de liberdade disciplinar. Assim, pelo menos no plano formal, poderiam ser aplicadas cumulativamente uma sanção disciplinar de privação de liberdade cumulativamente e uma pena criminal de privação de liberdade a um mesmo agente, pela prática do mesmo facto, o que representaria uma violação do *ne bis in idem*. No entender de Figueiredo Dias¹⁰³, esta disposição apenas não padece de inconstitucionalidade material pela salvaguarda que encontra no art.º 27.º, n.º 3, al. d) da C.R.P.¹⁰⁴.

Será ainda de referir que, recentemente, a jurisprudência do S.T.J.¹⁰⁵, decidindo relativamente a um caso de dupla condenação, determinou que “a expressão «*mesmo crime*», abarca o ilícito contravencional que não é mais do que uma espécie do ilícito criminal”.

Por outro lado, a definição da expressão «prática do mesmo crime», cria ainda algumas dificuldades no que se refere aos casos de comparticipação, concurso de crimes e crime continuado, previstos nos artigos 28.º, 29.º e 30.º do C.P.

Uma perspectiva histórica da problemática remete-nos para a crítica, desenvolvida por Beleza dos Santos¹⁰⁶, à doutrina que sustentava a intangibilidade do caso julgado por concurso de crimes, face a uma lei penal mais favorável.

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - 7.º Capítulo, Os Limites do Direito Penal. In *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P.162-163.

¹⁰² Art.º 27º e 28º do *Regulamento de Disciplina Militar*, D.L. 142/77, de 9 de Abril. [Em linha]. Lisboa: EMFA, 09.04.1977. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.emfa.pt/www/conteudos/informacaoofa/legislacao/EstatCondMilitar/RegulamentodeDisciplinaMilitar.pdf>.

¹⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo - 7.º Capítulo Os Limites do Direito Penal. In *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P.162-163.

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op.cit.*, p. 157-162.

¹⁰⁵ MADEIRA, Pereira (relator) - *Acórdão S.T.J. n.º SJ200606010019365*, 01.06.2006. [Em linha]. Lisboa: S.T.J., 01.06.2006. [Consult. 04.2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2867a65b1bc1ad628025723a00599ff4?OpenDocument&Highlight=0,SJ200606010019365>.

Destarte, esta doutrina defendia que o “*acessório segue o principal*”, i.e., nos casos de condenação transitada em julgado por concurso de crimes, só se deveria aplicar uma lei de amnistia se esta se referisse ao crime mais grave, extinguindo, assim, toda a pena; caso contrário, não se aplicava a norma mais favorável.

Beleza dos Santos¹⁰⁷ responde, afirmando que “*a intangibilidade do caso julgado tem de ceder, quando a aplicação da lei a isso obriga*”.

De referir, ainda, a extensão da aplicação do princípio *ne bis in idem* consagrado no art.º 29.º, n.º 5 às pessoas colectivas *ex vi* art.º 12.º, n.º 2 da C.R.P. “*na medida em que elas sejam susceptíveis de responsabilidade penal (o que a Constituição deixa em aberto). Não estando excluída a responsabilidade e a punição penal das pessoas colectivas, as garantias penais também as protegem*”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ SANTOS, Beleza dos, *apud* CARVALHO, Américo A. Taipa de – 4.º Capítulo Inconstitucionalidade do limite do caso julgado. In *Sucessão de leis penais: Princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado* (CP, art. 2.º, n.º 4); *Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P.230.

¹⁰⁷ SANTOS, Beleza dos, *apud* CARVALHO, Américo A. Taipa de – 4.º Capítulo Inconstitucionalidade do limite do caso julgado. In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável (...)*. 2.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P.230.

¹⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 29.º, Nota XV. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, P. 499.

1.2.1.3.1.6. – Breves noções: comparticipação criminosa, concurso de crimes e crime continuado

A propósito do que ficou dito no capítulo anterior sobre o concurso de normas, o respeito pelo *ne bis in idem* em situações de comparticipação criminosa, concurso de crimes e crime continuado exige uma referência a estes institutos e à forma como a observância do *ne bis in idem* se verifica em cada um deles, no ordenamento jurídico-criminal português.

1.2.1.3.1.6.1. – Comparticipação criminosa

A comparticipação criminosa prevista nos art.º 28.º e 29.º, do C.P. consiste na intervenção de uma pluralidade de agentes na prática de um mesmo facto previsto como crime¹⁰⁹. Visto que a comparticipação se caracteriza pela confluência das acções de todos os participantes na realização do mesmo facto, não será a comparticipação que é criminosa¹¹⁰ mas antes a participação individual de cada um dos agentes inserida nessa comparticipação¹¹¹. Assim, o objecto da comparticipação será mais amplo do que nas situações em que o facto é cometido por um só agente; nestes casos, o agente punido é apenas o seu autor; enquanto, naqueles vai ser punido tanto o agente que praticou actos preparatórios como o que praticou actos de execução¹¹². De facto, teoria da comparticipação criminosa que distingue entre autor e participante, de acordo com a intervenção no crime, é uma teoria dos tipos de crime dolosos por contraposição aos crimes por negligência em que vigora o conceito unitário de autor¹¹³. Contudo, a teoria da comparticipação não exige que todos os agentes ou comparticipantes sejam puníveis podendo existir agentes ou comparticipantes não puníveis¹¹⁴. Assim, a aferição da punição é feita por recurso à ilicitude e à culpa, nos termos das primeira e segunda partes do art.º 29.º do C.P. A primeira parte, determina que cada agente é punido de acordo

¹⁰⁹ MACHADO, Miguel Pedrosa - *Formas do Crime: textos diversos*. 1.ª Ed. Cascais: Principia, 1998. ISBN 972-97457-8-1. P. 41 ss.

¹¹⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 453 ss.

¹¹¹ SILVA, Germano Marques da – Concurso de crimes e crime continuado. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. II: Teoria do Crime*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2005. ISBN 972-22-1902-2. P. 284 ss.

¹¹² SILVA, Germano Marques da, *Op.cit.*, p. 289, 335-346.

¹¹³ VALDÁGUA, Maria da Conceição – *Início da tentativa do co-autor*. 2.ª Ed., Lisboa: [s.n.], 1993, p. 18 e ss.

¹¹⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 446 ss.

com a sua culpa; a segunda parte, estabelece que cada participante é punido independentemente da punição e/ou grau de culpa dos restantes participantes¹¹⁵.

No entender de Cavaleiro de Ferreira¹¹⁶, a punição de cada agente que praticou um facto ilícito e culposo é individual e independente da punição dos restantes agentes sendo que o único elemento em comum na comparticipação é a execução de uma actividade por todos os agentes que se dirige objectivamente à realização de um facto punido como crime na forma de consumada ou tentada. Assim, para Cavaleiro de Ferreira¹¹⁷, agentes são quem causa, possibilita, prepara ou facilita o crime, e que, de acordo com graduação da gravidade da sua participação na realização do facto comum serão considerados autores ou cúmplices.

O instituto da comparticipação criminosa constitui, também ele, um meio de assegurar a eficácia do *ne bis in idem* essencialmente em dois vectores. O primeiro refere-se ao disposto na primeira parte do art.º 29.º do C.P. que, ao determinar que cada agente é punido segundo a sua culpa, permite que a punição de cada agente seja independente da punição dos demais agentes. Esta disposição admite também a averiguação de circunstâncias de natureza pessoal de cada agente relativas às condições de punibilidade ou causas de extinção da responsabilidade criminal que justifiquem a não punição de um agente em particular sem que isso afecte a responsabilidade penal dos demais agentes¹¹⁸. O facto de a culpa ser pressuposto da punição leva permite que a independência da punição de cada participante inclua a independência da punição de um agente com fundamento na sua culpa, quando não exista culpa dos demais agentes¹¹⁹. É, pois, nesta medida que a comparticipação pretende evitar a punição de um agente pela sua culpa individual cumulada com a culpa resultante das condutas de outros participantes. Tal situação, a figurar, consubstanciaria uma dupla punição pelo mesmo facto, e uma violação do *ne bis in idem*, na medida em que um agente seria punido pela sua própria culpa cumulada pela culpa dos demais agentes que participaram na realização do facto comum. O segundo vector do instituto da comparticipação criminosa que constitui um meio de assegurar a eficácia do *ne bis in idem* encontra-se plasmado na segunda parte do art.º 29.º do C.P.. Referindo-se à ilicitude, esta segunda parte do artigo, propugna, também ela, a independência da punição de cada agente face à punição dos demais agentes. A ilicitude comunica-se a todos os participantes na medida em que o facto ilícito é o facto em que todos

¹¹⁵ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Op.cit.*, p. 446 ss.

¹¹⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992.ISBN 972-22-0138-7. P. 446 ss.

¹¹⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Op.cit.*, p. 446 ss.

¹¹⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992.ISBN 972-22-0138-7. P. 446 ss.

¹¹⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Op.cit.*, p. 446 ss.

participam¹²⁰. Para Cavaleiro de Ferreira¹²¹, o facto é ilícito porque, pela produção da lesão, lesa também interesses penalmente protegidos. Contudo, a punição da ilicitude da acção de cada agente é independente dos demais agentes e têm de ser tidos em conta eventuais circunstâncias de natureza pessoal do agente que resultem em uma causa de exclusão da ilicitude para um agente sem que essa exclusão se comunique aos demais agentes, como será o caso do erro sobre a ilicitude do facto que afasta a ilicitude se o erro não lhe for censurável, nos termos do art.º 17.º e do art.º 31.º, n.º 1 e n.º 2 ambos do C.P.. A este propósito, Cavaleiro de Ferreira¹²² ilustra com o exemplo de um determinado agente A ter a intenção de matar duas pessoas suas conhecidas, B e C, que induz em erro acerca da intenção que cada um deles tem de matar o outro, convencendo-os que serão vítimas cada um de agressão do outro, em dado local por onde habitualmente passam. No momento em que B e C se encontram, convencem-se da verdade do aviso recebido ao verem, um e outro, puxarem da arma para defesa, disparando um sobre o outro. Não há dúvidas quanto à ilicitude da agressão de B e C que será afastada por se encontrarem em erro do art.º 17.º, erro que as fez acreditar estarem a defender a sua vida, agindo em legítima defesa, nos termos da alínea a), do n.º 2, do art.º 31.º do C.P. Por fim, a comparticipação ao permitir uma averiguação independente da ilicitude na punição de cada agente impõe o respeito pelo *ne bis in idem* na medida em que afasta situações de punição do agente que, em resultado de circunstancialismos pessoais, actuou sem consciência da ilicitude do facto ou ao abrigo de uma causa de exclusão de ilicitude. Assim, por respeito ao *ne bis in idem*, o instituto da comparticipação elimina ainda situações injustas como a que seria, p. ex., a punição como ilícita da conduta de quem que actuou em legítima defesa (verificados que fiquem todos os pressupostos da legítima defesa), uma vez que tal situação constituiria uma verdadeira dupla punição. De facto, quem actuou em legítima defesa, além de ter de suportar uma lesão ou tentativa de lesão, p. ex., ao seu bem jurídico vida por parte do agente, teria ainda de suportar a punição da ilicitude da sua conduta de defesa do seu bem jurídico vida pelo próprio ordenamento jurídico. É nesta medida e pelo afastamento de tais situações injustas que o *ne bis in idem* é defendido pelo instituto da comparticipação.

¹²⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 446 ss.

¹²¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Op.cit.*, p. 446 ss.

¹²² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 446 ss.

1.2.1.3.1.6.2. – Concurso de crimes

A definição de concurso de crimes prevista no art.º 30.º, n.º 1, do C.P. não atenta à unidade ou pluralidade de condutas como fundamento do concurso. Para se verificar concurso de crimes bastará que um ou vários factos infrinjam normas incriminadoras, uma pluralidade de vezes¹²³.

Para uma verdadeira compreensão da protecção conferida ao princípio *ne bis in idem* pelas normas penais relativas ao concurso de crimes, impõe-se uma distinção prévia entre concurso homogéneo e concurso heterogéneo e concurso aparente de crimes, por um lado, e concurso real e concurso ideal de crimes, por outro.

O n.º 1, do art.º 30.º do C.P. primeira e segunda parte, refere expressamente a diferença entre concurso homogéneo e concurso heterogéneo¹²⁴. Por concurso heterogéneo (primeira parte), deve entender-se o concurso de crimes que correspondem a diferentes tipos legais, ou seja, que constituem a violação plúrima de vários tipos de crime¹²⁵. O concurso homogéneo (segunda parte) corresponde à violação plúrima do mesmo tipo de crime, ou seja, vários crimes que correspondem ao mesmo tipo legal¹²⁶. Como já vimos, o concurso de crimes não se confunde com o concurso aparente de normas na medida em que a letra do n.º 1 do art.º 30.º do C.P. exige uma violação «efectiva» de várias normas incriminadoras enquanto o concurso de normas apenas exige uma pluralidade de normas formalmente aplicáveis a um mesmo facto, havendo, por isso, uma unidade do facto, mas apenas uma das normas será efectivamente aplicável. Por esta razão, no concurso aparente de normas existirá apenas um concurso aparente de crimes e não um concurso real¹²⁷.

No caso dos conceitos concurso real e concurso ideal de crimes, apesar de a lei não distinguir claramente¹²⁸ no art.º 30.º do C.P., a doutrina distingue-os. Para Cavaleiro de Ferreira¹²⁹ e, também assim, Germano Marques da Silva¹³⁰, por concurso real deverá

¹²³ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 521-540.

¹²⁴ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 521-540.

¹²⁵ SILVA, Germano Marques da – Concurso de crimes e crime continuado. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. II: Teoria do Crime*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2005. 335-346. ISBN 972-22-1902-2. P. 335 ss.

¹²⁶ SILVA, Germano Marques da, *Op.cit.*, p. 335 ss.

¹²⁷ SILVA, Germano Marques da – Concurso de crimes e crime continuado. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. II: Teoria do Crime*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2005. 335-346. ISBN 972-22-1902-2. P. 335 ss.

¹²⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 521-540.

¹²⁹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Op.cit.*, p. 521-540.

entender-se a prática de mais de um crime mediante duas ou mais acções de um mesmo agente, e por concurso ideal, a produção de mais do que um crime resultado de uma mesma conduta praticada pelo mesmo agente. Apesar da ausência de uma referência directa aos conceitos de concurso real e ideal de crimes, na verdade, a lei confere essa distinção ao nível das consequências jurídicas processuais previstas nos art.º 77.º, 78.º e 79.º do C.P.¹³¹. A propósito do n.º 1 do art.º 77.º e do n.º 1, do art.º 75.º do C.P., há ainda que distinguir entre concurso de crimes e reincidência na medida em que em ambos se verifica uma pluralidade de crimes¹³². Assim, o critério para a distinção entre concurso de crimes e reincidência reside no n.º 1, do art.º 77.º e art.º 78.º do C.P. e consiste na averiguação do pressuposto temporal¹³³, ou seja, haverá concurso no caso de a prática de vários crimes ocorrer antes de transitar em julgado a condenação por qualquer um deles, verificando-se, neste caso acumulação dos vários crimes que o agente praticou até ao momento do trânsito em julgado da condenação por qualquer um dos crimes praticado; haverá reincidência, verificados os pressupostos do art.º 75.º do C.P., relativamente aos crimes praticados pelo mesmo agente em momento posterior ao trânsito em julgado de crimes cometidos anteriormente¹³⁴. Ao contrário do concurso de crimes, que pune a pluralidade de crimes em cúmulo jurídico, nos termos do n.º 2 a 4, do art.º 77.º do C.P., a reincidência acarreta uma circunstância modificativa cujo efeito se traduz no agravamento do limite mínimo da pena aplicável ao crime, nos termos do n.º 1 do art.º 76 do C.P.¹³⁵.

Relativamente ao art.º 77.º n.º 1 do C.P., o legislador penal consagra, para as situações de concurso de crimes, um regime de cúmulo jurídico que se traduz numa pena conjunta que engloba todo e cada crime imputado ao agente antes de transitar em julgado a condenação por qualquer um deles¹³⁶. Para Germano Marques da Silva¹³⁷, o princípio da soma ou cúmulo das

¹³⁰ SILVA, Germano Marques da – Concurso de crimes e crime continuado. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. II: Teoria do Crime*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2005. 335-346. ISBN 972-22-1902-2. P. 335 ss.

¹³¹ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992. ISBN 972-22-0138-7. P. 521-540.

¹³² SILVA, Germano Marques da – Concurso de crimes e crime continuado. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. II: Teoria do Crime*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2005. 335-346. ISBN 972-22-1902-2. P. 335 ss.

¹³³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação 3, art.º 78.º. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P.245 a 248.

¹³⁴ SILVA, Germano Marques da – Concurso de crimes e crime continuado. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. II: Teoria do Crime*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2005. 335-346. ISBN 972-22-1902-2. P. 335 ss.

¹³⁵ SILVA, Germano Marques da, *Op.cit.*, p. 335 ss.

¹³⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação 1, art.º 77.º. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P.243 a 245.

penas é corrigido pelo princípio de que “*uma só pena será imposta ao condenado*”, respeitando-se assim o *ne bis in dem*. Também neste sentido Pinto de Albuquerque¹³⁸, para quem, não se assiste a uma violação do princípio da proibição da dupla valoração nos casos em que se considera, para efeitos de determinação da pena conjunta do concurso de crimes, uma circunstância já anteriormente considerada para efeitos de determinação da pena de um dos crimes em concurso desde que essa circunstância remeta agora para o conjunto dos factos visto que, neste caso, a valoração será distinta.

Especial atenção deverá ser dada à redacção do n.º 1 do art.º 78.º do C.P. que prevê casos em que, após a condenação transitada em julgado, se mostre que o agente praticou outro ou outros crimes anteriores àquela condenação, crimes estes também eles punidos após a condenação transitada em julgado sem que isso constitua uma violação do *ne bis in idem*¹³⁹. De facto, e de acordo com a proposta de Lei n.º 98/X que foi a base da Lei n.º 59/2007 que alterou a redacção do n.º 1 do art.º 78.º, o “*conhecimento superveniente do novo crime que integre a continuação criminosa ou o concurso*” implicará “*sempre a substituição da pena anterior, mesmo que já executada, após se ter procedido ao correspondente desconto, no caso de a nova pena única ser mais grave*”, por força da obediência e respeito devido ao princípio *ne bis in dem*¹⁴⁰.

¹³⁷ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral Volume III. Teoria das Penas e das medidas de segurança*. Lisboa / São Paulo: Editorial Verbo, 1999. ISBN 972-22-1961-8. P.163-172.

¹³⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação 5, art.º 77.º. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P.244 a 245.

¹³⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação 3 ao art.º 78.º. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7 p.245 a 248.

¹⁴⁰ *Proposta de Lei n.º 98/X*. [Em linha]. Lisboa: Parlamento, 2007. [Consult. em 02.04.2012]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=33296>.

1.2.1.3.1.6.3. – Crime continuado

O crime continuado, previsto no art.º 30.º, n.º 2 C.P., constitui uma repetição de actos entre os quais medeia um interregno temporal caracterizando-se por uma pluralidade de acções que correspondem a uma pluralidade de crimes, tantas quantas as acções, e que a lei unifica e trata como um crime só¹⁴¹. O n.º 2 do art.º 30.º do C.P. exige como requisitos do crime continuado a unidade do bem jurídico protegido, a execução de forma homogénea e a diminuição considerável da culpa em razão de uma mesma situação exterior.

Restringindo a análise do crime continuado ao objecto de estudo da presente dissertação, examinaremos agora a relação que o crime continuado mantém com o respeito devido ao princípio *ne bis in idem*. Assim, n.º 2 do art.º 79.º do C.P. relativo à forma de punição do crime continuado, com a redacção da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, à semelhança do previsto para o n.º 1 do art.º 78.º, prevê o afastamento do caso julgado da anterior condenação nos casos de descoberta, posterior à condenação, de conduta mais grave que integre a continuação. Também neste caso se verifica a observância do princípio *ne bis in idem* por força da operação de desconto da pena anterior já cumprida na nova pena mais grave que substitui a anterior pena. Para Pinto de Albuquerque¹⁴², a operação de desconto, também prevista no art.º 81.º, trará benefícios para o condenado que já cumpriu pena anterior transitada em julgado não carreando, contudo, qualquer benefício para o condenado cuja pena anterior não foi cumprida por razão de prescrição, de ter sido extinta ou por amnistia. Urge ainda uma referência ao instituto desconto do tempo de prisão preventiva relativa ao arguido, nos termos do art.º 80.º do C.P., na medida em que pode suscitar, não violações em concreto do *ne bis in idem*, mas eventuais injustiças no entender de Germano Marques da Silva¹⁴³. Para este autor, “*se o arguido for acusado num mesmo processo por dois ou mais crimes e sofrer prisão preventiva nesse processo em razão de um deles (...), mesmo se vier a ser absolvido desse crime o tempo de prisão preventiva será descontado na pena aplicada aos restantes*”¹⁴⁴. Contudo, o tempo da prisão preventiva, sofrida por um arguido acusado por dois ou mais crimes em processos autónomos e absolvido do processo em que sofreu prisão preventiva, não será descontado na pena em que vier a ser

¹⁴¹ SILVA, Germano Marques da – Concurso de crimes e crime continuado. In *Direito Penal Português, Parte Geral*, vol. II: *Teoria do Crime*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2005. 335-346. ISBN 972-22-1902-2. P. 341 – 357.

¹⁴² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação 3, art.º 78.º. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P.245 a 248.

¹⁴³ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral Volume III. Teoria das Penas e das medidas de segurança*. Lisboa / São Paulo: Editorial Verbo, 1999. ISBN 972-22-1961-8. P. 175-179.

¹⁴⁴ SILVA, Germano Marques da, *Op.cit.*, p.178.

condenado noutro ou noutros casos. Para o autor, esta situação demonstra uma incoerência da lei na medida em que, se o arguido viesse a ser condenado no processo em que sofreu a prisão preventiva, o tempo de prisão preventiva seria descontado na pena única aplicada a final, por força do cúmulo jurídico, excepto se o arguido for absolvido¹⁴⁵.

¹⁴⁵ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral Volume III. Teoria das Penas e das medidas de segurança*. Lisboa / São Paulo: Editorial Verbo, 1999. ISBN 972-22-1961-8. P.178.

1.2.1.3.2. – O Código Penal

Analisaremos agora o princípio *ne bis in idem* bem como o princípio do caso julgado no âmbito do Código Penal português, pelo facto de o primeiro constituir uma decorrência do segundo. Para uma melhor compreensão do princípio *ne bis in idem* no ordenamento jurídico-criminal português, impõem-se ainda distinções entre o caso julgado penal e civil e o estudo da questão histórica das alterações legislativas do n.º 4 do art.º 2.º do C.P., relativas ao caso julgado.

1.2.1.3.2.1. – O caso julgado penal e o caso julgado civil

A autonomia entre o caso julgado civil e o caso julgado penal fica a dever-se à natureza, pressupostos e fins diversos de cada ramo do direito. Tal distinção adquire maior clareza quando consideramos institutos como a amnistia que, extingue apenas a responsabilidade penal; a libertação condicional que se impõe como um dever-ser político e não como uma faculdade ou perdão; as regras de prescrição que, no procedimento criminal, podem impedir a iniciativa ou a prossecução da acção penal¹⁴⁶. Mais clara se torna a distinção perante leis que despenalizam determinadas condutas mas que não extinguem a responsabilidade civil por elas devida, por força de um ilícito civil que delas tenha derivado¹⁴⁷.

Na verdade, a intangibilidade do caso julgado civil afirma-se de forma quase absoluta enquanto o caso julgado penal admite várias excepções¹⁴⁸. O fundamento de tal distinção alicerça-se no facto de que, no caso julgado civil, a certeza jurídica é uma exigência da justiça formal que, deste modo, torna possível a justiça material. No caso julgado penal a certeza jurídica já não se encontra tão associada ao valor da justiça na medida em que, em determinadas situações, a defesa obstinada da certeza jurídica formal do caso julgado penal

¹⁴⁶ CARVALHO, Américo A. Taipa de – II. Doutrina Actual: Caso Julgado Penal e Caso Julgado Civil; Recusa Acrítica Perspectiva Pancivilística do Caso Julgado. In *Sucessão de leis penais: Princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (CP, art.º 2.º, n.º4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P. 221-233.

¹⁴⁷ CARVALHO, Américo A. Taipa de – II. Doutrina Actual: Caso Julgado Penal e Caso Julgado Civil; Recusa Acrítica Perspectiva Pancivilística do Caso Julgado. In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável (...)*. 2.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P.221-233.

¹⁴⁸ CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Op.cit.*, p. 221-233.

significaria uma injustiça material, deixando, por exemplo, impunes os crimes que o agente praticou em concurso de crime (art.º 78.º, n.º 1 do C.P.) e crime continuado (art.º 79.º do C.P.) posteriormente ao trânsito em julgado da condenação por crimes anteriores, como tivemos oportunidade de analisar. Sustentando a existência de regimes diversos, refere a C.R.P., no seu art.º 282.º, n.º 3 a necessidade de distinção entre caso julgado geral e caso julgado penal, a propósito da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, salvaguardando-se sempre a intangibilidade do caso julgado no caso julgado civil, admitindo-se a declaração do T.C. de cedência do caso julgado desde que a norma declarada inconstitucional seja menos favorável ao arguido¹⁴⁹.

Na verdade, argumentos como a salvaguarda do “*prestígio dos tribunais*”¹⁵⁰ ou a necessidade de segurança, certeza e tranquilidade tanto no caso julgado penal como no caso julgado civil, não nos parecem suficientes para arredar, com carácter quase definitivo, os limites e excepções ao caso julgado penal. No caso julgado civil estão em causa interesses privados e no caso julgado penal interesses públicos e pretensões punitivas. A substancial diferença de regime exige essa distinção. Assim, e como defendia Beleza dos Santos¹⁵¹: «*Quando existe uma sentença (penal) que encontra na sua execução uma lei por força da qual tem de ser modificada, o que há a fazer é reformá-la, levantando o incidente na respectiva execução.*»¹⁵²

Defendemos, contudo, que o esforço na busca do ponto de equilíbrio será a solução que, do ponto de vista prático, produzirá efeitos mais positivos. Na verdade, a constante e desenfreada reabertura de casos julgados penais poderia conduzir a uma maior instabilidade no âmbito do sistema prisional na medida em que a população prisional seria conturbada por anseios e dúvidas, ao invés dos índices (ainda que mínimos) de tranquilidade conferidos pela certeza do tempo a cumprir. Tal situação seria geradora de instabilidade, resultado da expectativa constante de uma possibilidade remota (mas real) de reabertura do caso julgado penal. Arriscamos, pois, afirmar que o estado expectante ao qual o condenado fica, assim,

¹⁴⁹ CARVALHO, Américo A. Taipa de – II. Doutrina Actual: Caso Julgado Penal e Caso Julgado Civil; Recusa Acrítica Perspectiva Pancivilística do Caso Julgado. In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável (...)*. 2.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P.221-233.

¹⁵⁰ CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Op.cit.*, p. 221-233.

¹⁵¹ CARVALHO, Américo A. Taipa de – II. Doutrina Actual: Caso Julgado Penal e Caso Julgado Civil; Recusa Acrítica Perspectiva Pancivilística do Caso Julgado. In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável (...)*. 2.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P.221-233.

¹⁵² SANTOS, Beleza dos, *apud* CARVALHO, Américo A. Taipa de – 4.º Capítulo Inconstitucionalidade do limite do caso julgado. In *Sucessão de leis penais: Princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (CP, art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P.230.

submetido constituiria um perpetuar da qualidade de arguido porquanto o condenado, até ao cumprimento integral da pena, viveria na incerteza de ver a sua sentença reaberta por uma ou outra alteração legislativa mais favorável. A instabilidade dos condenados e as dificuldades de reabilitação e reinserção subsequentes constituem desafios, *de per se*, de difícil solução aos quais nos parece que a actual redacção do art.º 2.º, n.º 4 do C.P. acabou por não atender.

Na verdade, a possibilidade de reabertura do caso julgado penal para aplicação de um regime mais favorável é um garante da justiça material, evitando a sacralização do caso julgado a qualquer custo. Contudo, não se estará também a negar ao condenado a certeza de uma pena? Retirar ao condenado a segurança de “uma luz ao fundo do túnel”, por saber exactamente o tempo a cumprir, não acarretará o jugo de uma quase dupla condenação? Acreditamos que sim por duas ordens de razão.

Por um lado, os princípios constitucionais, de certeza e segurança jurídicas, relativamente a actos jurisdicionais não deverão ser negados ao condenado devendo o instituto do caso julgado assentar na estabilidade definitiva das decisões judiciais exigindo-se, por isso, às excepções do caso julgado um rigoroso *fundamento material inequívoco*¹⁵³, como será o caso da aplicação retroactiva da sentença do T.C. que declara inconstitucionalidade com força obrigatória geral. A própria negação da certeza e segurança jurídicas, constitui, *lato sensu*, uma dupla condenação.

Por outro lado, a prevenção geral baseada na doutrina da coacção psicológica de Feuerbach¹⁵⁴ defende que, a forma de alcançar a prevenção passará pela criação, no espírito dos potenciais criminosos, de razões bastantes para os afastar da prática do crime. Contudo, a hipótese de reabertura do caso julgado que não se restrinja estritamente ao *supra* referido limite do *fundamento material inequívoco* poderá ser geradora, no espírito do potencial criminoso, de incertezas relativamente à concretização da hipotética punição, levando-o a delinquir por existir, no seu espírito, uma expectativa ou uma ainda que remota esperança, de que a eventual condenação em julgado venha a ser reaberta e nunca se torne efectivamente definitiva. Se o sistema jurídico-penal permitir que esta remota esperança subsista no espírito do potencial criminoso, a finalidade de prevenção geral não se produzirá o que constituirá um verdadeiro custo para a sociedade no seu todo na medida em que o prospectivo comportamento desviante produzirá a lesão de bens jurídicos protegidos com os consequentes custos económicos de um processo judicial, da reabilitação do criminoso e da vítima, e,

¹⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7. P. 265.

¹⁵⁴ FEUERBACH *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P. 48 ss.

principalmente, o desaproveitamento de recursos humanos económica e potencialmente válidos e viáveis que, fruto da ineficiente concretização *a priori* das finalidades da prevenção geral pelo sistema jurídico-penal, deixaram de ser um factor de produção de riqueza. Neste sentido, a dupla condenação tem início no momento da negação ao prospectivo condenado de uma adequada prevenção geral que lhe imprima no espírito e de modo eficiente as coordenadas do *bonus paterfamilias*. Parece-nos que, neste caso, haverá ainda uma dupla punição da sociedade como um todo na medida em que além de ter de sustentar os custos inerentes à gestão dos comportamentos delinquentes tem ainda de suportar a perda de riqueza pelo decréscimo dos rendimentos lícitos produzidos pelo indivíduo, enquanto factor de produção, durante o cumprimento da pena.

Ainda a propósito da expectativa de reabertura do caso julgado, e seguindo de perto Alegre Donário¹⁵⁵, temos de atender à construção do direito como um *valor esperado*¹⁵⁶ pelos indivíduos cujo comportamento escolhido, a cada momento, é determinado por variáveis como, por exemplo, a forma e o tempo de aplicação do direito, pelo modo como essa aplicação é efectuada bem como o tempo que medeia na resolução dos conflitos jurisdicionais. Também para Santos Pastor¹⁵⁷, quanto maior for o preço a pagar por delinquir (*i.e.* a pena), menor será o número de delitos que de desejará cometer. Contudo, ressalva o autor que, o preço que representa a pena é apenas um valor esperado que resulta da relação entre duas variáveis, a moldura da pena e a probabilidade que essa moldura penal efectivamente se aplique. Tomando o exemplo do autor, o preço de um comportamento delinvente pode até ser uma moldura penal de 20 anos de prisão, contudo, se a probabilidade de aplicação efectiva dessa mesma moldura é apenas de 50%, ou seja, 10 anos, então, o preço a pagar por delinquir será menor o que fará aumentar a propensão ao risco de delinquir.

Defende Santos Pastor¹⁵⁸ que existem essencialmente duas formas de aumentar o castigo: uma, aumentando as penas; outra, aumentando a certeza (probabilidade) de que as penas se apliquem, quando se comete um delito. O autor refere ainda a importância de diminuir o custo de oportunidade que, muitas vezes, representa o abandono dos comportamentos criminosos visto que geram elevados rendimentos. Sugere o autor, como solução, o aumento da possibilidade de obtenção de rendimentos por meios legítimos,

¹⁵⁵ DONÁRIO, Arlindo Alegre – *Análise económica da regulação social. Causas, consequências e políticas dos acidentes de viação*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. ISBN 978-972-8094-90-4. P. 213 ss.

¹⁵⁶ DONÁRIO, Arlindo Alegre, *Op.cit.*, p. 213 ss. Itálicos do autor.

¹⁵⁷ PRIETO, Santos Pastor – *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1989. ISBN 84-309-1790-X. P. 170 – 173.

¹⁵⁸ PRIETO, Santos Pastor – *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1989. ISBN 84-309-1790-X. P. 170 – 173.

especialmente no caso dos jovens com baixos rendimentos através da alteração da legislação sobre salários mínimos e medidas análogas. Ressalva ainda o autor que, no curto prazo, a forma mais eficaz de aumentar os custos esperados dos comportamentos delinquentes passará pelo aumento da certeza e severidade da punição.

Tendo em conta a pena como um valor esperado, procedemos agora a uma breve análise económica do mercado do instituto da ‘reabertura do caso julgado’ aplicando-lhe a Teoria da Utilidade Esperada modo a demonstrar a relação existente entre a probabilidade de reabertura do caso julgado em sede de decisões judiciais e a maior ou menor propensão ao risco de adopção de comportamentos delinquentes. A Teoria da Utilidade Esperada demonstra que o “*indivíduo em situações de incerteza efectua as suas escolhas comparando a utilidade esperada dos resultados que têm associado um risco, ou seja, as somas obtidas pela adição da utilidade dos resultados multiplicados pelas probabilidades respectivas*”¹⁵⁹. Simplificando a fórmula da Utilidade Esperada, temos: $(U_e) = (U_1 + U_2 + \dots) \times P$, sendo que U_e = benefício esperado de alteração da sentença de condenação por reabertura do caso julgado; U_1 = benefício pessoal que o indivíduo obtém por delinquir com a conduta 1; U_2 = benefício que o indivíduo obtém por delinquir com a conduta 2; P = probabilidade de reabertura do caso julgado. Assim, quanto maior for a probabilidade de reabertura do caso julgado (P), maior vai ser a esperança do indivíduo em que não lhe seja aplicada uma sentença definitiva (U_e), o que conduzirá a uma maior propensão ao risco de delinquir, adoptando um maior número de comportamentos delinquentes ($U_1, U_2, \dots$).

Em conclusão, consideramos que a confiança geral no bom senso do aplicador da lei será, na falta de outra, a melhor solução. No entanto, apenas um estudo científico assente na análise metodológica de grupos de controlo localizados em ambiente prisional permitirá, em bom rigor, sustentar tais considerações. Remetemo-lo, pois, para sede própria. Por ora, lançamos mão das palavras de Manuel de Andrade: «*Seria intolerável que cada um nem ao menos pudesse confiar nos direitos que uma sentença lhe reconheceu; que nem sequer a estes bens pudesse chamar seus, nesta base organizando os seus planos de vida*».¹⁶⁰

¹⁵⁹ DONÁRIO, Arlindo Alegre – *Análise económica da regulação social. Causas, consequências e políticas dos acidentes de viação*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. ISBN 978-972-8094-90-4. P. 319 ss.

¹⁶⁰ ANDRADE, Manuel de - *Noções Elementares de Processo Civil*. Colab. Antunes Varela. Ed. Rev. e actualizada por Herculano Esteves. Coimbra: Coimbra Editora, 1979. P. 384-385.

1.2.1.3.2.2. – O caso julgado e a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável

Pretendemos, agora, expor, de forma sucinta, o regime plasmado no art.º 2.º, n.º 4 da anterior Decreto-lei 48/95¹⁶¹, de 15 Março contrapondo com as novas disposições adoptadas pela recente Lei 59/2007¹⁶², relativamente ao texto do mesmo artigo. Apresentaremos, ainda, os argumentos favoráveis e desfavoráveis à inconstitucionalidade do art.º 2.º, n.º 4 da Decreto-lei 48/95, tecendo as necessárias considerações.

1.2.1.3.2.2.1. - Questão histórica – n.º 4, art.º 2.º C.P. (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março) vs. n.º 4, art.º 29.º C.R.P.

O art.º 2.º, n.º 4 Decreto-lei 48/95, de 15 de Março prevê que *“Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado.”*¹⁶³

O texto do n.º 4 espelha o que vinha sendo prática da jurisprudência desde a 3.ª e 4.ª sessões da Comissão Revisora do Projecto, em 11 e 20 de Dezembro de 1963, em que se esclareceram estas questões. Optou-se pela expressão *“regime que concretamente se mostrar mais favorável”* englobando os casos em que a substituição de pena constituía o regime materialmente mais favorável apesar de o tempo de prisão poder ser superior. A consagração de *“regime”* e não de *“normas”* fez nascer o princípio geral de aplicação do regime mais favorável no seu todo, sendo ilícita a aplicação mesclada de dois regimes, admitindo contudo excepções, nomeadamente quanto à prescrição.

Dúvidas restavam quanto à descodificação do que significaria, em concreto, um regime mais favorável quando comparado com o regime de outra lei, recorrendo-se, para tal, a

¹⁶¹ Código Penal Português – Decreto-lei 48/95, de 15 de Março. [Em linha]. Lisboa: P.G.D., 15.03.1995. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis. Decreto-lei 48/95, de 15 de Março, a que nos referiremos por Lei Anterior – L.A.

¹⁶² Código Penal Português - Lei 59/2007, de 4 de Setembro. [Em linha]. Lisboa: P.G.D., 04.09.2007. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis. Lei 59/2007, de 4 de Setembro, ora Lei Nova – L.N.

¹⁶³ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar. 17.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2565-9. P. 53-63.

critérios gerais de orientação como os propostos por Nelson Hungria¹⁶⁴: pena actual mais branda, menos rigorosa quanto ao modo de execução; uma moldura penal menor ou menos rígida; criação de novas causas extintivas de punibilidade ou a criação de novas causas de inimizabilidade, de isenção de pena, de exclusão da ilicitude ou da culpa, entre outras. Não sendo possível apurar qual o regime mais favorável, a solução seria adoptar o critério geral de aplicação da lei penal vigente no momento da prática do facto.

Questão diversa é a que se tem levantado a propósito do art.º 2.º, n.º 4, *in fine* que estabelecia um verdadeiro limite à aplicação retroactiva da lei penal mais favorável. Tal disposição, “*salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado*”, suscitou diversas discussões na doutrina, originando argumentos a favor e contra a inconstitucionalidade do n.º 4, art.º 2.º C.P. Decreto-lei 48/95 face ao n.º 4, art.º 29.º da C.R.P. que dispõe do seguinte modo: “*Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.*”

Os principais argumentos no sentido da inconstitucionalidade do art.º 2.º, n.º 4 (L.A.) focam, no essencial, o seguinte:

§ Para Taipa de Carvalho¹⁶⁵, o art.º 2.º, n.º 4 ao restringir o mandato constitucional de aplicação da lei mais favorável ultrapassava, em larga medida, os limites admitidos pelo art.º 18.º, n.º 2 da C.R.P. que, por sua vez, deveriam reconduzir-se ao “*mínimo indispensável*” na restrição de direitos fundamentais. Por outro lado, o n.º 4, art.º 2.º C.P. violava o art.º 18.º, n.º 3 da C.R.P. visto que as leis restritivas de direitos fundamentais, ordinárias ou constitucionais, não podem diminuir a “*extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*”. De facto, o limite à aplicação retroactiva da lei mais favorável além de diminuir a extensão do preceito constitucional previsto no art.º 29.º, n.º 4, *in fine*, diminuía, ainda, o alcance do conteúdo essencial do referido preceito. Por fim, argumenta o autor que a intangibilidade do caso julgado em sentença transitada em julgado constitui, ainda, uma violação ao princípio da Igualdade (art.º 13.º, n.º 1, *in fine* C.R.P.) quando origina “*situações de injustiça material relativamente evitáveis, pois que só na medida em que são evitáveis é*

¹⁶⁴ HUNGRIA, Nelson - *Comentário ao Código Penal Brasileiro* apud GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – Art.º 2.º, Anotação 5. In *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 17.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2565-9. P.57.

¹⁶⁵ CARVALHO, Américo A. Taipa de – A Inconstitucionalidade do Limite do Caso Julgado à Aplicação Retroactiva da Lei Penal Mais Favorável. In *Sucessão de leis penais: Princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (CP, art.º 2.º, n.º4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. P.213 ss.

que tais situações são injustas.”¹⁶⁶; refere também que a impossibilidade prática de aplicação da nova lei mais favorável a todos os que praticaram o mesmo crime no mesmo momento não serve de base ao argumento que defende a irrelevância da igualdade e justiça relativa como forma de contestar o caso julgado penal. Tendo em conta o princípio da máxima restrição da pena, o princípio da igualdade opera quando se admite a aplicação da lei penal mais favorável, proibindo a fixação de limites à sua aplicação retroactiva que permitissem o tratamento desigual de situações iguais. Contudo, no entender do autor, a igualdade absoluta só seria verosímil pela irretroactividade absoluta da lei penal, à semelhança do que sucede com as leis penais temporárias.

§ As palavras de Taipa de Carvalho são reforçadas pelo que ficou dito por Cavaleiro de Ferreira¹⁶⁷ relativamente ao argumento do princípio da igualdade pois defende que a sucessão de leis implicará sempre desigualdade na medida em que, independentemente da verificação ou não do caso julgado, será “(...)sempre possível apresentar hipótese em que os diferentes indivíduos por circunstâncias meramente fortuitas vêm a ser tratados de maneira desigual pela lei.” Defende este autor que, nos casos em que a pena já foi completamente executada, ou quando a desigualdade é incontornável ou impossível de afastar, então deverá atenuar-se “os rigores das penas”, de forma que se afastem aqueles resultados com a aplicação da lei tendo apenas como justificação o respeito devido a “uma igualdade ilusória”.¹⁶⁸

§ No mesmo sentido Germano Marques da Silva¹⁶⁹, que indica a necessidade da “plena retroactividade” da lei penal mais favorável “enquanto a execução da pena não se esgotar”, mesmo que tal implique uma desigualdade irremediável nos casos em que “a pena já foi completamente executada.” Recorrendo a Nelson Hungria¹⁷⁰, o autor argumenta

¹⁶⁶ CARVALHO, Américo A. Taipa de – A Inconstitucionalidade do Limite do Caso Julgado à Aplicação Retroactiva da Lei Penal Mais Favorável. In *Sucessão de leis penais: Princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (CP, art.º 2.º, n.º4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. Ilustra, ainda, o autor com o exemplo de dois condenados a quem foi aplicada a mesma pena mas que, no momento de entrada em vigor da nova lei mais favorável, apenas um deles dela beneficiou visto que era o único que ainda se encontrava a cumprir pena. Conclui o autor que não se poderá defender ao violação do princípio da igualdade na aplicação da lei favorável pelo simples facto de ela ter sido aproveitada apenas por um deles. P. 213 ss.

¹⁶⁷ FERREIRA, Cavaleiro de - *Direito Penal Português*. Edição/reimpressão. Lisboa: Verbo, 1981. ISBN 9789722201360. P. 90-128.

¹⁶⁸ FERREIRA, Cavaleiro de, *Op.cit.*, p. 90-128.

¹⁶⁹ SILVA, Germano Marques da – A sucessão de Leis Penais. In *Direito Penal Português Vol. I*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X. P.279 ss.

¹⁷⁰ HUNGRIA, Nelson - *Comentário ao Código Penal Brasileiro*, I, p. 94. Diz o autor: «nos altares do direito penal, a coisa julgada é santa de prestígio muito relativo.» *apud* SILVA, Germano Marques da – A sucessão de Leis Penais. In *Direito Penal Português Vol. I*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X. P.287, Nota 3.

considerações de ordem prática que justifiquem a escolha do legislador. Afirma, pois, que a proibição do art.º 2.º, n.º 4 pretende, apenas, evitar “*uma extensa e complexa revisão ou ajustamento de processos já ultimados*”.¹⁷¹

§ Já Tereza Pizarro Beleza¹⁷² propugna a incompatibilidade entre os dois preceitos por força da inconstitucionalidade do n.º4, do art.º 2.º, resultado da restrição que opera no “*alcance da garantia constitucional*”; enquanto que os termos do art.º 29.º n.º4 C.R.P., *in fine*, asseguram a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável isenta de quaisquer limites, pelo que deverá ser este o preceito que se deverá observar. Releva, ainda, a autora que a inconstitucionalidade do art.º 2.º torna-se ainda mais evidente quando verificamos que a proibição de retroactividade opera para todo um regime e não apenas no sentido das leis aplicáveis.

§ No entender de Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁷³, a obrigação constitucional de aplicação retroactiva da lei penal mais favorável (art.º 29.º, n.º 5) deve valer “*mesmo para os casos julgados*”, com a subsequente reapreciação da questão. Denotam, também, que a posição que defende a reabertura do caso julgado penal para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável sai reforçada pela leitura do art.º 282.º, n.º 3 da C.R.P. De facto, também a obrigação constitucional de respeito pelo caso julgado aquando da declaração de inconstitucionalidade de uma norma com efeitos *ex tunc* prevê uma excepção para a lei penal mais favorável.

Da jurisprudência que se pronuncia pela inconstitucionalidade do n.º 4 do art.º 2.º do C.P. na redacção da Decreto-lei 48/95 destacamos, essencialmente, três acórdãos: Ac. T.C. n.º 677/98, de 02/12, Ac. T.C. n.º 169/02, de 17/04 e o Ac. T.C. n.º 572/03, de 19/11.

O Ac. T.C. n.º 677/98¹⁷⁴, de 02/12, Relatora Maria Prazeres Beleza, declara inconstitucional o n.º 4 do art.º 2.º do C.P. por violação do princípio da aplicação retroactiva da lei mais favorável, previsto no n.º 4 do art.º 29.º da C.R.P. na parte em que afasta a aplicação da lei penal nova que transforma um crime público em crime semipúblico, nos casos em que tenha havido desistência da queixa apresentada e trânsito em julgado da

¹⁷¹ HUNGRIA, Nelson - *Comentário ao Código Penal Brasileiro*, I, p. 94. *apud* SILVA, Germano Marques da - SILVA, Germano Marques da – A sucessão de Leis Penais. In *Direito Penal Português Vol. I*. 2.ª Ed. Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X. P.287, Nota 3.

¹⁷² BELEZA, Tereza Pizarro – As Implicações do princípio da Legalidade na Aplicação da Lei Penal no Tempo. In *Direito Penal 1.º Volume*. 2.ª Ed. Lisboa: A.A.F.D.U.L.,1984. P. 454.

¹⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes, E MOREIRA, Vital – Anotações ao artigo 29.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.P. 491 ss.

¹⁷⁴ BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro – *Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 677/98, de 02.12.* [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1998. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19980677.html>.

sentença condenatória. Sousa e Brito e Maria Prazeres Beleza, em declaração de voto, consideram inconstitucional “em toda a sua extensão” a parte da norma que impede a aplicação da lei penal mais favorável se tiver transitado em julgado a sentença condenatória.

O Ac. T.C. n.º 169/2002¹⁷⁵, de 17/04, Relator Paulo Mota Pinto, vai no mesmo sentido do Ac. T.C. n.º 677/98, de 02/12, declarando inconstitucional o n.º 4 do art.º 2.º do C.P. por violação do princípio da aplicação retroactiva da lei mais favorável consagrado no n.º 4 do art.º 29.º da C.R.P. na medida em que impede a aplicação da lei penal nova que transforma um crime público em semipúblico nos casos de desistência da queixa e trânsito em julgado da sentença condenatória.

O Ac. T.C. n.º 572/03¹⁷⁶, de 19/11, Relator Paulo Mota Pinto, declara inconstitucional o n.º 4 do art.º 2.º do C.P. por inaplicabilidade da lei penal nova discriminizadora nos casos em que o facto já foi objecto de sentença condenatória transita em julgado.

Por outro lado, os defensores da não inconstitucionalidade da norma do n.º 4, do art.º 2.º do C.P. sustentam argumentos de base, essencialmente, formal que se reconduzem ao exposto:

§ A utilização, no art.º 29.º, n.º 5 C.R.P., do vocábulo “*arguido*” por contraposição ao “*condenado*”, do art.º 2.º, n.º 4 C.P., tem como consequência a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável apenas aos casos que não transitaram em julgado, em que o agente é ainda arguido. Sendo condenado, com sentença transitada em julgado, já não se encontra abrangido pelo regime do art.º 29.º, n.º 5 da C.R.P., sendo-lhe aplicável a norma do art.º 2.º, n.º 4 C.P., ou seja, os casos transitados em julgado ficam excluídos da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável¹⁷⁷.

§ Também o n.º 3 do art.º 282.º da C.R.P.¹⁷⁸ utiliza a expressão “arguido” sem que tal expressão se oponha ao disposto no n.º 4 do art.º 2.º do C.P. Assim, o n.º 3 do art.º 282.º da C.R.P. impõe o respeito pelo carácter definitivo do princípio do caso julgado mesmo nos casos de declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral cujo

¹⁷⁵ PINTO, Paulo Mota – *Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 169/02, de 17.04.* [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2002. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/20020169.html>.

¹⁷⁶ PINTO, Paulo Mota – *Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 572/2003, de 19.11.* [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2003. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/20020169.html>.

¹⁷⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, E MOREIRA, Vital – Anotações ao artigo 29.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. P. 491 ss.

¹⁷⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital – Anotações ao Artigo 282.º. In *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 108.º a 296.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Vol. II. ISBN 978-972-32-1839-8. P. 972 ss.

efeito retroactivo pode conduzir à revogação ou modificação das aplicações concretas das normas declaradas inconstitucionais. Todavia, estabelece ainda uma excepção a esta protecção atribuída ao caso julgado, excepção essa, que deverá atender a requisitos cumulativos muito restritos: 1) decisão do T.C. que determine a não observância do caso julgado pela norma declarada inconstitucional; 2) a norma declarada inconstitucional diga respeito a matéria penal, disciplinar ou ilícito de mera ordenação social; 3) a norma declarada inconstitucional tem de ser de conteúdo menos favorável ao arguido. É nesta parte final do n.º 3 do art.º 282.º do C.R.P. que destacamos a expressão “arguido” na medida em que a aplicação retroactiva da norma declarada inconstitucional, mediante a verificação dos requisitos cumulativos do n.º 3 do art.º 282.º da C.R.P., fica limitada apenas aos casos que a sentença condenatória ainda não transitou em julgado. É, então, pelo recurso à expressão “arguido” tanto no n.º 5 do art.º 29.º como no n.º 3 do art.º 282.º, ambos da C.R.P., que o n.º 4 do art.º 2.º do C.P. não padece de inconstitucionalidade na medida em que se refere não a “arguido” mas a “condenado”¹⁷⁹.

§ A diferença de regimes verificada entre o n.º 2 e 4 do art.º 2.º do C.P. explica que a excepção prevista no n.º 4, *in fine*, não terá sido aleatória. De facto, o n.º 2 prevê a possibilidade de aplicação retroactiva de uma lei penal mais favorável a todos os casos, ainda que transitados em julgado. Contudo, tal situação exige que a lei nova elimine a infracção pela qual o agente foi condenado. Assim, se, p. ex., a nova lei não eliminar a infracção do catálogo de infracções previstas pela lei penal anterior, prevendo, contudo, uma redução da moldura penal, então, a excepção prevista no n.º 2 não se aplica¹⁸⁰.

§ Figueiredo Dias¹⁸¹ apresenta, ainda, dois outros argumentos a favor da não inconstitucionalidade da norma:

I – A submissão da interpretação da C.R.P. a uma “*cláusula de razoabilidade*”; sendo que, para o legislador ordinário não seria razoável a solução de reformar a totalidade das condenações penais cuja execução ou efeitos se mantivessem, sempre que se verificasse uma alteração legislativa mais favorável. Tal tarefa seria, no entender do autor, impraticável.

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital – Anotações ao Artigo 282.º. In *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 108.º a 296.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Vol. II. ISBN 978-972-32-1839-8. P. 972 ss.

¹⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, E MOREIRA, Vital – Anotações ao artigo 29.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. P. 491 ss.

¹⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo- VI. A proibição de retroactividade. O âmbito de validade temporal da lei penal ou problema da “aplicação da lei penal no tempo”. In *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P. 181-193.

II – A C.R.P., como lei fundamental, enforma os princípios gerais do Estado, remetendo para o legislador ordinário a regulação da aplicação dos seus comandos. Assim, o legislador ordinário ao elaborar leis restritivas de direitos fundamentais terá, tão-só, de atender aos requisitos da C.R.P., no seu art.º 18.º, n.º 2 e 3. Refere o autor, a título de exemplo, o caso da Alemanha (C.P. § 2 (3)), em que as leis discriminizadoras são insusceptíveis de aplicação retroactiva, “*sem que tenha sido posta em causa a sua constitucionalidade*”.

A falta de coerência dos preceitos legislativos a par de correntes doutrinárias divergentes, justificaram a apreciação de constitucionalidade na norma pelo Tribunal Constitucional, tendo-se pronunciando pela não inconstitucionalidade da restrição prevista pelo art.º 2.º, n.º 4 no Ac. T.C.. n.º 644/98, objecto de análise *infra*.

1.2.1.3.2.2.2. - Nova redacção – n.º 4, art.º 2.º C.P. (Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro) - *quid juris?*

A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, 23.ª alteração ao Código Penal (Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro), modificou a redacção do art.º 2.º, n.º 4, *in fine*, permitindo dirimir, até certo ponto, as divergências doutrinárias supra expostas. A Lei 59/2007 dispõe no seu art.º 2.º, n.º 4 que “Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente; se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior.”

Conclui-se, pois, que a nova redacção do n.º 4, art.º 2.º exclui, em definitivo, o caso transitado em julgado como limite da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável, apesar da declaração do T.C. de não inconstitucionalidade da norma no acórdão n.º 644/98¹⁸².

No Acórdão n.º 644/98¹⁸³, Processo n.º 43/97, 2.ª Secção, Relator Bravo Serra,

¹⁸² SERRA, Vaz – *Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 644/98, de 17.11.* [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1998. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19980644.html>. Ac. S.T.J. n.º 644/98: “*De outro lado, uma solução assente na realização de um novo julgamento, ainda que com outros juizes, é facilmente descortinável como algo revestido de acentuadíssimas dificuldades (pense-se, por exemplo, nas dificuldades de obtenção de prova e de elementos para a adequação da nova pena a impor às situações económica, social, cultural e psicológica desfrutadas pelo arguido na ocasião em que se impõe o novo regime)*”.

¹⁸³ SERRA, Vaz – *Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 644/98, de 17.11.* [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1998. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19980644.html> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - *Anotações ao Art.º 375.º. In Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da*

declarou a não inconstitucionalidade do n.º 4 do art.º 2.º do C.P., relativamente à norma do n.º 4 do art.º 29.º da C.R.P., na parte em determina a não aplicação retroactiva da lei penal mais favorável se já tiver havido anteriormente condenação por sentença transitada em julgado. Entendeu o T.C. que o caso julgado deve ser olhado como um princípio que tem “*consagração implícita na Constituição*” e, por isso, protegido pela C.R.P. e justificado pelos princípios de certeza e segurança jurídica. Considerou o Tribunal que o n.º 4 do art.º 2.º do C.P. não vai «tocar», diminuindo a extensão nem o alcance do conteúdo essencial da garantia plasmada no n.º 4 do art.º 29.º *in fine*. Declarou ainda que uma lei penal posterior de conteúdo mais favorável ao arguido já condenado por sentença transitada em julgado provocaria “*uma enormíssima perturbação na ordem dos tribunais judiciais*” perturbação esta motivada pelo desrespeito do caso julgado e que não se reconduz à mera questão de acréscimo de trabalho nos tribunais. Assim, concluiu o tribunal que a restrição do n.º 4 do art.º 2.º do C.P., que afasta a aplicação retroactiva da lei penal posterior mais favorável dos casos de condenação por sentença transitada em julgado, é uma restrição necessária, razoável e justificada.

Assim, a alteração legislativa da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro que alterou a redacção do art.º 2.º, n.º 4 do C.P. admite que sempre que se verifique a coincidência de “*natureza*”¹⁸⁴ entre a lei penal antiga e a nova, deve aplicar-se o regime que concretamente se mostrar mais favorável, independentemente do trânsito em julgado da sentença condenatória, fazendo-se aplicar o limite máximo da lei nova se for mais favorável. Contraria-se, então, o Ac. do T.C. n.º 644/98 que exceptua a aplicação retroactiva do regime penal mais favorável aos casos de condenação por sentença transitada em julgado.

Por outro lado, o acórdão do T.C. n.º 164/2008 declara a não inconstitucionalidade do art.º 371.º - A do C.P.P. desde que a possibilidade de reabertura de audiência com o fim de modificação da sanção aplicada numa sentença transitada em julgado não implique um “novo julgamento”¹⁸⁵. De facto, o Acórdão n.º 164/2008¹⁸⁶, Processo n.º 1042/07, 3ª Secção,

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 947 – 952.

¹⁸⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Artigo 2.º, Anotação 28. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 54.

¹⁸⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Artigo 375.º, Anotação 12. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0228-3. P. 951 - 952.

¹⁸⁶ MARTINS, Ana Guerra – *Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 164/2008, de 05.03*. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2008. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc//tc/acordaos/20080164.html> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Anotações ao Art.º 375.º. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da*

Relatora Ana Guerra Martins, declarou a não inconstitucionalidade da norma do art.º 371.º-A do C.P.P. *“quando interpretada no sentido de permitir a reabertura de audiência para aplicação de nova lei penal que aumenta o limite máximo das penas concretas a considerar, para efeitos de suspensão de execução de pena privativa da liberdade”*. O presente acórdão considerou não repetíveis e *“muito menos decisivos nos presentes autos”* as posições defendidas no acórdão n.º 644/98 na parte em que este considerou que a aplicação lei penal posterior de conteúdo mais favorável ao arguido já condenado por sentença transitada em julgado provocaria uma *“enormíssima perturbação na ordem dos tribunais judiciais”*. Defendeu então o Tribunal que o art.º 371.º-A do C.P.P. por força da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto *“não implica uma repetição automática de julgamentos na medida em que condiciona a reabertura de audiência à formulação de um pedido por parte do interessado”*. Assim, o pedido de reabertura de audiência por parte do condenado, prevista no art.º 371.º - A do C.P.P. constitui um limite à reapreciação dos acórdãos condenatórios na medida restringe a reapreciação somente aos acórdãos que tenham sido objecto do pedido de reabertura de audiência. Contudo, por força do n.º 4 do art.º 29.º da C.R.P. e do n.º 4 do art.º 2.º do C.P., podem os tribunais que proferiram o acórdão condenatório *“aplicar retroactivamente a nova lei penal de conteúdo mais favorável”*. Apesar de o tribunal reconhecer o princípio da continuidade da audiência previsto no art.º 328.º do C.P.P., considerou que deve prevalecer o princípio da aplicação retroactiva da lei penal mais favorável com o argumento que este se encontra consagrado na C.R.P. no n.º 4 do artigo 29.º e aquele não tem consagração constitucional expressa.

O referido acórdão admite implicitamente a não inconstitucionalidade do disposto no art.º 2.º, n.º 4, ou seja, considera que, mesmo nos casos de sentença condenatória transitada em julgado, *“cessam a execução e os efeitos penais logo que a parte da pena que se encontrar cumprida atinja o limite máximo da pena prevista na lei posterior”*, mais favorável¹⁸⁷.

Assim, a reabertura da audiência para aplicação de lei penal posterior mais favorável, prevista no art.º 371.º-A do C.P.P. só não será inconstitucional se não implicar a realização de um *“novo julgamento”*. Clarifica ainda o T.C. sobre o que deve entender-se com a expressão *“novo julgamento”*: *«haverá um novo julgamento sempre que a aplicação da lei penal nova implique uma*

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 947 – 952.

¹⁸⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Artigo 375.º, Anotação 12. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0228-3. P. 951 - 952.

*alteração dos “factos dados como provados” no acórdão condenatório, isto é, uma alteração da matéria de facto ou de qualquer acto de produção de prova que vise esse objectivo».*¹⁸⁸

Verifica-se, pois, uma mudança na jurisprudência do T.C. quanto à concepção de caso julgado. Recordamos que, no acórdão do T.C. n.º 644/98 o respeito pelo caso julgado dependia da “*manutenção da razão de ser da existência da punição*”, ou seja, da susceptibilidade de “*ferir a consciência social*”, pela reabertura do caso julgado, “*causando-lhe acentuado dano*”.

O novo entendimento do T.C. no acórdão n.º 164/2008 suscita, contudo, três problemas:

1 - A reabertura da audiência¹⁸⁹ para aplicação de uma espécie e medida de pena conformes à nova lei mais favorável, por um tribunal que, além de não ter assistido à produção de prova vai ter lugar muitos anos após a primeira sentença, consubstancia uma violação ao princípio da imediação (art.º 355.º a 357.º do C.P.P.) e a quebra da continuidade da audiência, respectivamente.

2 – A modificação da decisão sobre a matéria de facto na reabertura de audiência para aplicação do novo regime mais favorável implica uma reapreciação de todas as provas do anterior julgamento que se traduz numa verdadeira “*renovação de toda a produção da prova do anterior julgamento*”¹⁹⁰. Tal significa, então, a realização de um novo julgamento.

3 - Por fim, a reabertura do caso julgado sempre que entre em vigor uma norma penal nova de conteúdo mais favorável, além de pôr em causa a separação entre recursos ordinários e extraordinários, conduzirá inevitavelmente à insegurança dos actos jurisdicionais, e consequente violação do princípio do Estado de Direito.

Deste modo, defendem alguns autores¹⁹¹ a inconstitucionalidade do art.º 371.º - A¹⁹² do C.P.P. por admitir a reabertura de audiência para aplicação de lei penal mais favorável

¹⁸⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Art.º 371.º-A. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0228-3. P. 932 ss.

¹⁸⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Op.cit.*, p. 932 ss. Para Paulo Pinto de Albuquerque (art.º 371.º - A, nota 2), na ausência de disposição especial, aplica-se o prazo supletivo de 10 dias “*desde a entrada em vigor de cada nova lei penal*” – art.º 105.º, n.º1 C.P.P. – podendo mesmo ser “*reaberto a qualquer momento «enquanto não tiver cessado a execução da pena»*”, Germano Marques da Silva”.

¹⁹⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Artigo 371.º-A. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0228-3. P. 932 - 934.

¹⁹¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Artigo 371.º-A. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0228-3. P. 932 - 934.

¹⁹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Artigo 371.º-A. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0228-3. P. 932 - 934. Abertura da audiência para

traduzindo-se, na prática, num verdadeiro novo julgamento com decisões sobre a matéria de facto ou nova produção de prova.¹⁹³

Por outro lado, o Acórdão de 10-07-1984¹⁹⁴, documento n.º SJ198407100374383 que declara que a ressalva do n.º 4 do art.º 2.º do C.P. obedece ao princípio constitucional da intangibilidade do caso julgado e do princípio constitucional consagrado no n.º 5 do art.º 29.º da C.R.P. Também o Acórdão de 19-10-1988¹⁹⁵, documento n.º SJ198810190396513 destaca que no âmbito do controlo alfandegário deve ter-se em conta o regime mais favorável do art.º 29.º da C.R.P. quando se trata da sucessão de leis penais no tempo.

aplicação retroactiva da lei penal mais favorável: “*Se, após o trânsito em julgado da condenação mas antes de ter cessado a execução da pena, entrar em vigor lei penal mais favorável, o condenado pode requerer a reabertura da audiência para que lhe seja aplicado o novo regime*”.

¹⁹³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Artigo 371.º-A. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Actualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0228-3. P. 932 - 934.

¹⁹⁴ NOVA, Villa – *Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, Documento n.º SJ198407100374383, de 10.07.1984*. [Em linha]. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 1984. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a061e5c10959c243802568fc003951e1?OpenDocument&Highlight=0,SJ198407100374383> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Anotações ao Art.º 375.º. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 947 – 952.

¹⁹⁵ SIMÕES, Almeida – *Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, Documento n.º SJ198810190396513, de 19.10.1988*. [Em linha]. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 1988. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/669c27e235951146802568fc0039af99?OpenDocument&Highlight=0,SJ198810190396513> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Op.cit.*, p. 947 – 952.

1.2.1.3.3. – O Código de Processo Penal

O estudo do princípio *ne bis in idem* no âmbito do C.P.P. português iniciar-se-á pela distinção entre caso julgado formal e caso julgado material, passando pela dinâmica do *ne bis in idem* no C.P.P. e terminando com a distinção entre caso julgado e caso decidido.

1.2.1.3.3.1. – Caso julgado formal e caso julgado material

A extensão dos efeitos do instituto do caso julgado permite a distinção entre caso julgado formal e material.

Por caso julgado formal deve entender-se as decisões judiciais que, p. ex., impossibilitam o recurso ou reapreciação de questões¹⁹⁶ anteriormente decididas (referentes à relação processual dentro do mesmo processo) e que assim traduzem a força obrigatória da decisão¹⁹⁷ no próprio processo em que é proferida.

Já no caso julgado material detém força obrigatória geral, *i.e.*, dentro e fora do processo, porquanto a “questão de mérito” ou “questão de fundo”¹⁹⁸ fica definitivamente decidida, impondo-se a todos os tribunais e autoridades. A decisão da relação material controvertida é, então, absoluta através dos efeitos positivos e negativos do caso julgado material.

O efeito positivo do caso julgado permite que a decisão definitiva produza efeitos em qualquer outro processo, independentemente da sua natureza, considerando-se decidido no novo processo nos exactos termos da decisão anterior.

O efeito negativo denuncia a qualidade de pressuposto negativo do caso julgado na medida em que a sua existência prévia impossibilita a realização de novo julgamento sobre o mesmo facto. Por isso se defende o princípio *ne bis in idem*¹⁹⁹ como efeito ou dimensão negativa do caso julgado.

¹⁹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes – Parte III, Título 2, Capítulo 1, Ponto C., II – Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7. P. 264-265.

¹⁹⁷ SILVA, Germano Marques da – O Caso Julgado Material. In *Curso de Processo Penal Vol. III*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2000. ISBN 972-22-1961-8. P.35-40.

¹⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes – Parte III, Título 2, Capítulo 1, Ponto C., II – Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7. P. 264-265.

¹⁹⁹ Encontramos a protecção conferida ao *ne bis in idem* nos artigos: Art.º 29.º, n.º 5 C.R.P.; Art.º 14.º, n.º7 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; Art.º 4.º Protocolo n.º 7 Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

1.2.1.3.3.2. – *ne bis in idem* e o Código de Processo Penal

Além do art.º 371.º-A do C.P.P., seleccionamos agora as seguintes normas do C.P.P. por nos parecerem incontornáveis ao real entendimento do princípio do Caso Julgado e, bem assim, do *ne bis in idem*.

O art.º 4.º do C. P. P., acerca da integração de lacunas dispõe que “*nos casos omissos, quando as disposições deste Código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal*”.²⁰⁰

Pela leitura deste artigo, verificamos que as normas relativas ao caso julgado previstas na C.R.P. e no C.P.C., quando aplicadas por analogia ao Processo Penal devem ser alvo de harmonização com o processo penal. Afasta-se, pois, uma “*aplicação genérica e indiferenciada ao processo penal dos vários normativos que no processo civil tratam a questão, ao abrigo do regime estabelecido no art.º 4.º do Código de Processo Penal.*” É neste que vai o acórdão de fixação de jurisprudência do S.T.J. n.º 2/95 entendido por Pinto de Albuquerque como sendo a tese “*Mais próxima da verdade*”.²⁰¹

Já o art.º 338.º, n.º 1, do C.P.P. relativo às questões prévias ou incidentais declara que é o “*tribunal conhece e decide das nulidades e de quaisquer outras questões prévias ou incidentais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa acerca das quais não tenha ainda havido decisão e que possa desde logo apreciar*”²⁰², assumindo o tribunal uma metodologia conforme à indicada no art.º 368.º, n.º 1 do C.P.P., ou seja, “*O tribunal começa por decidir separadamente as questões prévias ou incidentais sobre as quais ainda não tiver recaído decisão*”.²⁰³

Determinando-nos, neste ponto, pela doutrina defendida por Pinto de Albuquerque²⁰⁴ na medida em que parece-nos, de facto, que “*o princípio da tutela do caso julgado dentro e*

²⁰⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – Art.º 4.º, Anotação 53. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P.54.

²⁰¹ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Op.cit.*, p. 54.

²⁰² ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – Anotação n.º 1 e 2 do art.º 375.º. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 948-949.

²⁰³ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Op.cit.*, anotação n.º 1 e 2 do art.º 375.º, p. 948-949.

²⁰⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Art.º 4.º, 338.º, 368.º, 371.º-A e 375.º. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3.

fora do processo penal” constitui-se como “*direito de cidadania constitucional*”²⁰⁵. Senão, vejamos:

A tutela do caso julgado formal fica, desde logo, assegurada pelos art.º 338.º, n.º 1 e art.º 368.º, n.º 1 e pelos acórdãos n.º 255/98 do T.C. e acórdão *Salov v. Ucrânia* do T.E.D.H..

No entanto, o ordenamento jurídico português vai mais longe, contrariando o entendimento limitador do art.º 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do art.º 4.º do Protocolo Adicional n.º 7 à Convenção, que remetem somente à garantia do caso julgado fora do processo penal²⁰⁶ e dentro do processo penal²⁰⁷, respectivamente. De facto, “*O princípio da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito (artigo 2.º da C.R.P.), o princípio da força vinculativa especial das decisões dos tribunais (artigo 205.º, n.º 2, da C.R.P.), o princípio do ne bis in idem penal (artigo 29.º, n.º 5 da C.R.P.), o princípio da revisão de sentença penal em benefício do réu injustamente condenado (artigo 29.º, n.º 6 da C.R.P.) e o regime da ressalva do caso julgado previsto pelo artigo 282.º, n.º 3, da C.R.P. (...)*”²⁰⁸, atribuem ao princípio da tutela do caso julgado uma dimensão jurídica global na medida em que vigora dentro e fora do processo penal, não se reconduzindo apenas à esfera processual penal. Assim, por força do estatuído na C.R.P., o princípio do caso julgado processual penal expande-se e eleva-se à qualidade de direito de cidadania constitucional.

²⁰⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Anotação n.º 1 e 2 do art.º 375.º. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 948-949.

²⁰⁶ WILDHABER, L. – *Acórdão Brumarescu v. Roménia*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Processo n.º 28342/95, de 28.10.1999. [Em linha]. Estrasburgo: T.E.D.H., 1999. [Consult. Em 10.10.2011] Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=91036931&skin=hudoc-en> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 1495 e Anotação n.º 1, do art.º 375.º, p. 948-949. Sobre a garantia do caso julgado fora do processo penal consultar acórdão do T.E.D.H. *Brumarescu v. Roménia* em Anexo II.

²⁰⁷ WILDHABER, L. – *Acórdão Assenidze v. Geórgia*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Processo n.º 71503/01, de 08.04.2004. [Em linha]. Estrasburgo: T.E.D.H., 2004. [Consult. Em 10.10.2011] Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=91036931&skin=hudoc-en> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 1492 e Anotação n.º 1, do art.º 375.º, p. 948-949. Sobre a garantia do caso julgado dentro do processo penal consultar acórdão do T.E.D.H. *Assenidze v. Geórgia* em Anexo II.

²⁰⁸ WILDHABER, L. – *Acórdão Assenidze v. Geórgia*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Processo n.º 71503/01, de 08.04.2004. [Em linha]. Estrasburgo: T.E.D.H., 2004. [Consult. Em 10.10.2011] Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=91036931&skin=hudoc-en> e *Idem, Ibidem*, anotação n.º 1, do art.º 375.º.

1.2.1.3.3.3. – Caso julgado e caso decidido

Como temos vindo a analisar, o caso julgado alicerça-se na estabilidade definitiva das decisões judiciais e tem como decorrência o *ne bis in idem*. Resta saber se o *ne bis in idem* será também decorrência da força do caso decidido impondo-se como limite às decisões da administração. O caso decidido é, então, o que resulta das decisões da administração, do acto administrativo, e que se reveste de uma tendencial imutabilidade traduzida na auto-vinculação da administração ao acto obrigatório que dela emana e na tendencial irrevogabilidade do acto administrativo de modo a proteger a confiança, segurança e os interesses dos particulares. Assim, na medida em que os actos provisórios e precários devem, ainda assim, atender à necessidade de salvaguarda de outros direitos fundamentais, como será o caso da boa-fé dos administrados²⁰⁹, não parece de estranhar a tendencial observância do *ne bis in idem* também pelas decisões da administração.

Força de caso decidido tem, também, o despacho final do inquérito proferido pelo M.P. que, não constituindo uma sentença nem estando abrangido pelo art.º 29.º, n.º 5 da C.R.P., adquire, outrossim, força de caso decidido na medida em que “*produz efeitos jurídicos preclusivos importantes que são protegidos pela lei processual*”²¹⁰. Senão vejamos: o n.º 1 do art.º 279.º do C.P.P. atribui à decisão de arquivamento do M.P. uma tendencial imutabilidade na medida em que só haverá reabertura de inquérito nos casos em que surjam novos elementos de prova que invalidem os fundamentos do arquivamento do M.P., cabendo reclamação hierárquica do despacho do M.P. que deferir ou recusar a reabertura do inquérito.

Já o n.º 3 do art.º 282.º do C.P.P. ilustra a imutabilidade do despacho de arquivamento do M.P. que não pode ser reaberto no caso de o arguido cumprir as injunções e regras de conduta.

Um outro exemplo da força do caso decidido é a que resulta da equiparação à sentença judicial do despacho do M.P. que põe fim ao processo, nos termos do n.º 2 do art.º 449.º do C.P.P. e que atribui ao referido despacho o mesmo regime atribuído à sentença.

²⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes – Parte III, Título 2, Capítulo 1, Ponto C., II – Os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança dos cidadãos. In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7. P. 265-266.

²¹⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Art.º 4.º, Anotação n.º 54. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 54.

O regime dos art.º 279.º, 282.º, n.º 3 e 449.º, n.º 2 “*prevêem o regime do caso decidido do despacho de arquivamento do M.P.*”.²¹¹ Assim, os despachos de arquivamento do M.P. terão força de caso decidido consoante se trate de arquivamento nos termos do art.º 277.º, n.º 1 e 2 (por não se ter verificado crime ou por falta de indícios), do art.º 280.º, n.º 1 (por possibilidade de dispensa de pena) ou do art.º 282.º, n.º 3 (por cumprimento, pelo arguido, das injunções e regras de conduta) e decorrido o prazo de 20 dias do art.º 278.º. Todavia, o caso decidido será passível de revisão, nos termos do art.º 449.º, n.º 2, por analogia com a revisão de sentença transitada em julgado²¹². Assim, também o n.º 2 do art.º 279.º demonstra que a força do caso decidido é apenas tendencial na medida em que cabe reclamação para o superior hierárquico do despacho do M.P. que defira ou recuse a reabertura do inquérito.

Sobre o art.º 449.º, n.º 1, é de relevar que se trata de uma excepção à aplicação do princípio do caso julgado e, bem assim, de uma limitação do princípio da segurança jurídica previstas pelo art.º 29.º, n.º 6 da C.R.P. e pelo art.º 4.º, §2.º, do protocolo adicional n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No essencial, as razões que conduzem à reabertura de um caso julgado condenatório ou absolutório são a descoberta de factos novos ou recentemente revelados e a existência de um vício fundamental do processo anterior que, de resto, se encontram taxativamente previstas no n.º 1, do art.º 449.º. Todavia, “*só circunstâncias «substantivas e imperiosas» devem permitir a quebra do caso julgado, de modo a que este recurso extraordinário se não transforme em uma «apelação disfarçada»*”.²¹³

Por outro lado, as sentenças proferidas por uma instância internacional, apesar de vinculativas para o Estado Português, podem ainda ser objecto de revisão de sentença nos casos em que sejam inconciliáveis com a sentença de condenação proferida pelo Tribunal Português ou suscitem graves dúvidas sobre a sua justiça. Na parte final do presente estudo procedermos a uma análise detalhada destas e de outras questões relativas à cooperação internacional de âmbito judicial e judiciário.

²¹¹ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Anotação n.º 54, do art.º 4.º. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 54.

²¹² ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Anotação n.º 1 e 2 do art.º 279.º. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 725.

²¹³ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Art.º 449.º, Anotação n.º 1. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P.1184 e ss.

1.2.2. – Na cultura oriental – caso da República Popular da China

Analisada a origem e evolução do princípio *ne bis in idem* na cultura ocidental, mormente no caso português, é tempo agora de analisar a evolução do princípio *ne bis in idem* na cultura ocidental, i.e., no caso específico da R.P.C.. Pretende-se que, pelo conhecimento dos alicerces e origens da cultura histórica e jurídica orientais, se alcancem as bases necessárias ao estudo comparado, que agora se desenvolve, sobre o princípio *ne bis in idem* nos ordenamentos jurídico-criminais da R.P.C. e Portugal.

1.2.2.1. – Origens do princípio *ne bis in idem*

Falar das origens do princípio *ne bis in idem* na R.P.C. implica, desde logo, uma referência ao pensamento cultural chinês *versus* o pensamento cultural ocidental.

Se na base cultural do pensamento ocidental, mormente na realidade europeia, é indiscutível a susceptibilidade de o indivíduo ser titular de deveres mas também de direitos²¹⁴, já o mesmo não sucede na R.P.C. onde o cidadão surge, essencialmente, como destinatário de penas²¹⁵. O cidadão não vale *de per se*, valendo apenas como parte de um todo, como um colectivo, não se atendendo às necessidades individuais de cada um. As necessidades do todo impõem-se às necessidades do indivíduo, sem mais. Para tal, bastará analisar a forma como, a ocidente e segundo a tradição lendária, nasceu a Lei das XII Tábuas em Roma (450 a.C. – 300 a. C.), um conjunto de normas que reduziram a escrito os costumes, a pedido dos plebeus de forma a afastar o arbítrio dos magistrados patrícios²¹⁶, e como, na China, a dinastia Qin (221 a.C. – 207 a.C.), eternizada sob o epíteto de “dinastia legalista”, utilizava a lei como meio de impor a vontade do soberano aos súbditos que apenas era destinatário de penas²¹⁷.

²¹⁴ MENDES, João de Castro – *Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas – José Francisco da Costa, 1997. Depósito Legal n.º 81893/94. P. 135 ss. “*Dizia o artigo 1.º do Código Civil português de 1867: «Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. Nisto consiste a sua capacidade jurídica ou a sua personalidade»*”.

²¹⁵ ALVES, Ana Cristina – *O Pensamento Religioso Chinês*. Lisboa: [s.l.], Junho 2010. Curso do Centro Cultural e Científico de Macau. Coord. Ana Cristina Alves.

²¹⁶ GILISSEN, John – *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: *Introduction historique au droit. Esquisse d’une histoire du droit. Les sources du droit depuis le XIII.e siècle. Éléments d’histoire du droit privé*. ISBN 972-31-0193-9. P. 84-87.

²¹⁷ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 77.

1.2.2.1.1. - República Popular da China

A Lei penal chinesa²¹⁸, até 1911, estava inserida no Código Qing, da dinastia Qing (1644 – 1911²¹⁹) e com raízes seculares na dinastia Qin (221 a.C. -207 a.C.) e Tang (618 – 906), onde a Lei era, tão-só, a forma de o Império impor a vontade do Imperador aos seus súbditos. Assim, a Lei Penal era a forma de impor a vontade do Império e o cidadão, o destinatário de penas. Contudo, ao tempo da queda da monarquia (12 de Fevereiro de 1912), existia já um projecto de Código Penal Moderno, um projecto de inspiração burguesa e ocidental, que foi adaptado à nova situação política vindo ainda a ser publicado como Lei Penal provisória juntamente com legislação penal avulsa. Contudo, a tradição milenar imperial não se desvanece de um momento para o outro e subsistiu no pensamento histórico, cultural, jurídico e político. Na verdade, a essência da lei penal chinesa ajusta-se melhor às concepções marxistas-leninistas do que às concepções burguesas ocidentais de raízes iminentemente individualistas que encaram o cidadão como um individuo sujeito de direitos e deveres. De facto, a Lei, na visão marxista-leninista, revela-se como o instrumento utilizado pela classe dominante para impor a sua ditadura. Esta concepção aproxima-se muitíssimo da concepção imperial de Lei, pelo que a transição do imperialismo para o marxismo foi uma transição mais natural na China do que a transição para um regime democrático de base individualista. Assim se percebe porque a concepção marxista vigou no contexto cultural chinês.

O princípio *ne bis in idem* não se encontra ainda consagrado no panorama jurídico chinês. No entanto, verificam-se afluências a este princípio ao longo das quatro fases essenciais da evolução do direito penal desde 1912 até aos nossos dias. Não obstante, o momento mais relevante inicia-se em 1979 com a promulgação do primeiro Código Penal e Código de Processo Penal da R.P.C. onde se visavam: o combate aos excessos revolucionários, as regras gerais para aplicação da lei mais favorável bem como os avanços no princípio da legalidade e da aplicação da analogia na lei penal²²⁰.

²¹⁸ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 29 - 77.

²¹⁹ ROBERTS, J.A.G. – *História da China*. 1.ª Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 145-232.

²²⁰ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 314 ss.

Na década de 80 do séc. XX²²¹, o partido comunista chinês lançou as bases de legitimação do seu poder, aprovando a Constituição de 1982 e mantendo uma intensa actividade legislativa que se caracterizou, em sede de lei penal, por um “endurecimento” na aplicação da Lei penal. De facto, a campanha contra o crime que decorreu entre 1981 e 1983 no âmbito da campanha de massas, traduziu-se em milhares de execuções por força da aprovação de leis penais de aplicação retroactiva com efeito desfavorável, contrariando o disposto no art.º 9.º do Código Penal de 1979. Estes diplomas referiam-se a crimes considerados ofensas graves ao Estado, no primeiro caso, os crimes graves de sabotagem económica previstos na Decisão de 8 de Março de 1982 aplicável a todos os crimes ocorridos antes da sua publicação, e, no segundo caso, os crimes graves contra a segurança pública previstos na Decisão de 2 de Setembro de 1983 aplicável apenas aos casos ainda não transitados em julgado. Contudo, entendeu o supremo tribunal popular que a exclusão da aplicação desta decisão aos casos transitados em julgado seria uma excepção restrita na medida em que não vigoraria no caso de surgir um qualquer motivo para cúmulo de penas e, consequentemente, as decisões transitadas em julgado seriam reabertas para aplicação das novas disposições menos favoráveis²²². Este panorama viria a ser alterado já a 14 de Março de 1997, com a revisão do Código Penal de 1979²²³. As principais alterações que resultaram desta revisão foram: a consagração expressa do princípio da legalidade, a abolição do uso da analogia em contexto penal, a unidade sistemática do código, integração de legislação avulsa e consequente aumento do número de artigos, utilização de linguagem técnica jurídica e consagração de princípios gerais de direito penal com destaque para os princípios relativos à responsabilidade penal das pessoas colectivas. Como vislumbre do princípio *ne bis in idem*, destacamos o disposto acerca da aplicação da lei penal no tempo, nomeadamente a questão da retroactividade da lei penal em caso de sucessão de leis, tratando o Código Penal de 1997 de esclarecer a aplicação da lei nova ou a lei antiga a cada momento. A este propósito, destacam-se quatro grandes princípios²²⁴:

²²¹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro - A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 347 ss.

²²² PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 365-369.

²²³ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 355-507.

²²⁴ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 365-369.

1.º Princípio da aplicação da Lei antiga – “*A um determinado facto deve ser aplicada a lei vigente à data da respectiva ocorrência*”²²⁵.

2.º - Princípio da aplicação da Lei nova – “*A lei nova deve ser aplicada, mesmo aos factos anteriores ao início da respectiva vigência, desde que sobre os mesmos não tenha ainda sido proferida decisão transitada em julgado*”²²⁶.

3.º - Princípio da aplicação da Lei antiga – “*Um facto deve ser julgado segundo a lei que vigorava à data da sua ocorrência, excepto se a lei nova não o considerar como crime ou a pena prevista for menos grave do que a sancionada segunda a lei antiga*”²²⁷”, sendo, neste caso, aplicada a lei nova. Verifica-se, pois, a combinação do princípio da aplicação da lei mais favorável com o princípio da aplicação da lei antiga.

4.º - Princípio da aplicação da Lei nova com o princípio da aplicação da lei mais favorável – Aplica-se, em regra, a lei nova, aplicando-se, contudo, a lei antiga nos casos em que, na lei antiga, a conduta em causa não for considerada crime ou for menos gravemente punida.

Do ponto de vista cronológico, podemos situar a vigência maior ou menor de cada um destes princípios na penal chinesa. Assim:

De 1 de Outubro de 1949 a 31 de Dezembro de 1979²²⁸ – Corresponde aos primeiros momentos conturbados da implantação da República Popular em que se revogou toda a legislação nacionalista, sendo as leis e regulamentos emanados do governo e exército popular, tendo como base as orientações programáticas do partido e sendo de aplicação imediata. Não chegou a ser publicado nenhum Código sendo que as lacunas eram supridas pelos juízes por recurso à “*noção socialista do direito*”²²⁹.

De 1 de Janeiro de 1980 a 30 de Setembro de 1997²³⁰ – Vigora o princípio da aplicação da lei antiga conjugado com o princípio da aplicação da lei penal mais favorável, consagrado no art.º 9.º do Código Penal. No entanto, na prática, a aplicação não se revelou linear. Depois da publicação do Código, foram aprovados dois diplomas que previam a

²²⁵ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 365-369.

²²⁶ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 365-369.

²²⁷ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 365-369.

²²⁸ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 365-369.

²²⁹ *Idem, ibidem*. P. 365-369.

²³⁰ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 365-369.

aplicação retroactiva de leis penais menos favoráveis, *i.e.*, com agravamento de penas revelando, contudo, algumas cadências. A Decisão de 8 de Março de 1982, referente à prática de crimes graves de sabotagem económica, no seu art.º 2.º previa a sua aplicação apenas aos crimes ocorridos antes da sua publicação. Já a Decisão de 2 de Setembro de 1983, relativa a crimes graves contra a segurança pública, no art.º 3.º, prevê a sua aplicação apenas a casos pendentes em juízo. O supremo tribunal popular interpretou esta disposição no sentido de excluir apenas as decisões já transitadas que, ainda assim, seriam reabertas para aplicação desta disposição no caso de surgir qualquer motivo para cúmulo de penas.

A partir de 1 de Outubro de 1997²³¹ – Como resultado da consagração expressa e plena do princípio da legalidade bem como do princípio da não retroactividade da lei penal que dele emana no art.º 62.º, n.º 3 da Constituição de 1982, esta data marca a vigência efectiva do princípio da aplicação da lei antiga conjugada com a aplicação da lei mais favorável. Assim, a partir de 1 de Outubro de 1997, data da promulgação da revisão do código penal, os diplomas acima referidos (Decisão de 8 de Março de 1982 e Decisão de 2 de Setembro de 1983), com eficácia retroactiva, foram definitivamente afastados por violarem um dos princípios fundamentais da Constituição.

Assim, de acordo com o art.º 12.º do Código penal de 1997, o regime penal aplicável no tempo, operará do seguinte modo:

- “*Se o facto, segundo a lei então vigente não constituía crime, será aplicada a lei antiga*²³²”;
- “*Se o facto era pela lei vigente ao tempo da sua ocorrência considerado crime mas não é como tal considerado pela presente lei, será esta a lei aplicável*²³³”;
- “*Se o facto, tanto pela lei vigente ao tempo da sua prática como pela actual é considerado crime e se, segundo as normas do capítulo IV, secção VIII (relativas à prescrição do procedimento criminal) dever ser submetido a juízo, será aplicável a lei antiga, excepto se a lei nova consagrar regime mais favorável, hipótese em que esta será aplicada*²³⁴”;
- O parágrafo segundo do art.º 12.º consagra o respeito pelo princípio do caso julgado que será inatacável e cuja decisão terá que ser cumprida, independentemente da lei aplicada.

Não existindo, contudo, uma referência clara na revisão do código penal de 1997 ao princípio *ne bis in idem*, o respeito pelo princípio do caso julgado, nestes termos do art.º 12.º,

²³¹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro - A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 365-369.

²³² PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 365-369.

²³³ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro - A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 365-369.

²³⁴ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 365-369.

parece já ser o arauto de uma eventual consagração futura do *ne bis in idem*, na medida em que o princípio *ne bis in idem* impõem-se como a decorrência negativa do princípio do caso julgado.

Por se tratar de uma das mais relevantes revisões da legislação penal, faremos um breve apontamento à Revisão do Código Penal de 1997. Na parte especial do código, assiste-se a um aumento do número de artigos que ficou a dever-se essencialmente à necessidade de o poder político criar um sistema legal que enquadrasse a vida social em padrões mínimos de legalidade e levasse a juízo os responsáveis pelos abusos durante a revolução, em particular os actos perpetrados pelo “*bando dos quatro*”²³⁵ de ideologia maoísta radical. No essencial, a parte especial do Código Penal de 1997 encerra-se em dez capítulos²³⁶:

1. Crimes contra a segurança do Estado;
2. Crimes contra a segurança pública;
3. Crimes contra a ordem da economia de mercado socialista;
4. Crimes contra os direitos pessoais e os direitos democráticos dos cidadãos;
5. Crimes contra a propriedade;
6. Crimes contra a ordem social;
7. Crimes contra os interesses da defesa nacional;
8. Crimes de peculato e corrupção;
9. Crimes de violação de deveres;
10. Crimes de violação de deveres por militares;

Da parte geral, podemos concluir que a maior conquista foi a consagração plena do princípio da legalidade cujo aspecto positivo resultou no aumento da garantia para os cidadãos e o aspecto negativo traduziu-se na previsão da pena de morte para um elevado número de crimes, nomeadamente contra a segurança do Estado, violação de deveres por militares, contra a segurança pública e contra a economia, perfazendo um total de 49 tipos de crime para os quais está prevista a pena de morte. Durante o processo de revisão surgiram duas correntes doutrinárias contrárias sendo que uma defende que a revisão deveria ter ido mais além, preparando a China para o séc. XXI e uma outra corrente, mais conservadora, para

²³⁵ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Glossário. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 569. “*Bando dos quatro* (Sirenbang 四人帮). Grupo constituído por Jiang Qing, Zhang Chunqiao, Yao Wenyan, Wang Hongwen. Este grupo, apoiado na autoridade de Mao Zedong, alimentou o radicalismo durante a última parte da revolução cultural. A partir de 1974, pela sua desmedida ambição de poder, ganhou hostilidade do próprio Mao, que foi quem apelidou o grupo de “*bando dos quatro*”.

²³⁶ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 471 - 473.

quem o trabalho de revisão deveria prolongar-se por mais tempo, acompanhando a transição da China para a economia de mercado. Contudo, lei penal da R.P.C. de 1997 enfrenta os obstáculos do monopartidarismo e pelos ‘Quatro Pontos Cardeais’ assentes no preâmbulo da Constituição de 1982 (Via socialista, Ditadura do Proletariado, Liderança do Partido Comunista, Marxismo-Leninismo e pensamento de Mao Zedong²³⁷). A este propósito faremos uma breve resenha sobre a evolução jurídico-constitucional na R.P.C.²³⁸.

Além da incontornável Revisão de 1997 ao Código Penal da R.P.C., o Código Penal foi alvo de mais seis alterações²³⁹: a primeira alteração, a 25 de Dezembro de 1999, relativa a crimes económicos e financeiros (art.º 168.º, 174.º, 180.º, 181.º, 182.º, 185.º e 225.º); a segunda alteração, de 31 de Agosto de 2001, centrou-se no reforço da protecção das áreas florestais (art.º 342.º); a terceira alteração, de 29 de Setembro de 2001, fruto do pós-11 de Setembro e do combate ao terrorismo, alterou os art.º 114.º, 115.º, 120.º, 125.º, 127.º e 191.º e introduziu dois novos artigos (art.º 120.º-1, 191.º-1) que previram novos tipos de actos terroristas (ex.: fabrico e uso de substâncias radioactivas e bacteriológicas) e agravaram as penas previstas para a actividade terrorista, aplicando-se aos participantes a qualquer título, punindo também as organizações que prestem auxílio financeiro às actividades terroristas; a quarta alteração, de 28 de Dezembro de 2002, alterou e criou tipos de crime relacionados com a produção de instrumentos médicos e produtos de higiene fora dos requisitos legais (art.º 145.º), o contrabando de resíduos sólidos, líquidos e gasosos e prevendo a responsabilidade das pessoas colectivas (art.º 152.º), o alargamento a rios e lagos fronteiriços da proibição de transporte ou venda de produtos de importação proibida ou condicionada (155.º), com a novidade do art.º 244.º-1 da criminalização da imposição de trabalhos pesados ou perigosos a menores de 16 anos, com a extensão da punição de importação do art.º 339.º aos resíduos sólidos além dos líquidos e gasosos, com a protecção de árvores e espécies raras punindo o seu abate bem como a compra, venda, transporte e transformação (art.º 344.º) e, relativamente às árvores, a punição deixou de exigir o requisito do intuito lucrativo do abate (art.º 335.º), com o art.º 339.º reforçou-se a punição da violação de deveres dos funcionários na execução de decisões judiciais que prejudiquem terceiros ou partes; na quinta alteração, de 28 de Fevereiro de 2005, pune-se crimes económicos, nomeadamente, a falsificação e uso de cartões de crédito falsos ou uso indevido (art.º 177.º), o uso de falsa identidade relativa ao uso de

²³⁷ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 272.

²³⁸ Vide capítulo, da presente dissertação, subordinado à temática Constituição da República Popular da China.

²³⁹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Da Terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P.535 – 556.

cartões de crédito (art.º 196.º) e a possibilidade de serem punidos a título de negligência os crimes de sabotagem de equipamentos, instalações e comunicações militares com consequências graves; a sexta alteração, de 29 de Junho de 2006, alterou os art.º 134.º, 135.º, 161.º, 163.º, 164.º, 182.º, 186.º, 187.º, 188.º, 191.º, 303.º e o art.º 312.º que, na sua maioria, tratam questões relativas à protecção da actividade económica e financeira e uma maior responsabilização dos intervenientes em operações financeiras. Esta alteração criou também os artigos 135.º-1, 139.º-1, 162.º-2, 169.º-1, 175.º-1, 185.º-1 e o art.º 399.º-1, relacionados com o reforço da segurança laboral e maior responsabilização dos quadros superiores. Prevê ainda o art.º 262.º-1 a punição da utilização de deficientes ou menores de 14 anos para a mendicidade²⁴⁰.

De um modo geral, estas alterações acompanharam a evolução do panorama internacional introduzindo medidas que se revelaram necessárias à protecção dos consumidores e dos trabalhadores, à evolução da economia chinesa, em particular o aspecto financeiro, uma maior preocupação com a saúde e segurança dos trabalhadores e dos jovens não se verificando nenhum alargamento do âmbito de aplicação da pena de morte.

De salientar que a ratificação pela R.P.C. a 27 de Outubro de 2005 da Convenção da O.N.U. para o combate à corrupção traduziu-se em alterações na lei penal nomeadamente a criação do art.º 169.º, n.º 1 que prevê a “*punição criminal de condutas traduzidas na violação dos deveres por parte de directores, supervisores, gestores, manipulando os mecanismos de mercado em prejuízo das respectivas empresas. Por exemplo, cedendo a outras unidades, a título gratuito, fundos, mercadorias ou serviços, fornecendo ou recebendo fundos, bens ou serviços em condições manifestamente não equitativas, ou fornecendo esses mesmos bens e serviços a quem manifestamente esteja desprovido de capacidade para assumir responsabilidade. A concessão ou aceitação de garantias por parte de quem se encontre também sem capacidade financeira, etc*”²⁴¹.

O esforço no sentido do combate à corrupção também se fez sentir na doutrina chinesa por diversos autores. Por agora destacamos dois:

O autor Gu Anliang²⁴² alerta para a problemática da corrupção judicial e para a urgência de um sistema judicial com base nos princípios da imparcialidade, independência, justiça e autoridade.

²⁴⁰ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Da Terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 535 – 556.

²⁴¹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 537.

²⁴² GU, Anliang *apud* PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Da Terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 546, Nota 676.

Já Chen Guanzhong²⁴³, conceituado processualista chinês, baseando-se nas alterações introduzidas pelo art.º 33.º da Revisão Constitucional de 2004 que vinculam o Estado ao respeito pelos direitos humanos, alerta para a necessidade de um maior equilíbrio entre o combate ao crime e a protecção dos direitos humanos, chegando mesmo a propor as seguintes medidas ousadas, em matéria processual penal:

- A finalidade do processo penal ao invés de ser, como consta no art.º 1.º do Código de Processo Penal de 1997 “*punir o crime, proteger o povo*”, deveria ser alterada para “*punir o crime, proteger os direitos humanos*”, por considerar que, “*de acordo com os princípios da ditadura democrática do povo, a primeira formulação não protege o arguido.*”²⁴⁴
- Consagração expressa, no art.º 12.º do princípio da presunção de inocência;
- Adopção do princípio *ne bis in idem*;²⁴⁵

Por outro lado, a adesão da R.P.C. a alguns tratados internacionais, como é o caso do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, leva a que as autoridades chinesas sejam questionadas acerca da sua observância nomeadamente no que se refere a práticas de combate à criminalidade ou à marginalidade como sejam a prática de trabalho forçado ou o regime de reeducação pelo trabalho.

Em conclusão, podemos afirmar que o princípio *ne bis in idem* além de não se encontrar consagrado nas origens do direito chinês também não se encontra na sua génese e, também por isso, é ainda um princípio inexistente no panorama jurídico-constitucional e penal da R.P.C.. Contudo, teremos que reconhecer os esforços que têm vindo a ser desenvolvidos pelo legislador da R.P.C. no sentido de uma melhoria no funcionamento do Estado de Direito, mormente a partir dos anos 90. Se do ponto de vista ocidental os avanços legislativos da R.P.C. parecem ténues, já assim não será se nos colocarmos no ponto de vista oriental. De facto, apesar de ainda não se poder falar num verdadeiro Estado de Direito, devido, em grande medida, às interferências partidárias na administração e na justiça, a verdade é que as revisões e alterações legislativas produzidas na última década do séc. XX bem como a aposta na formação de juristas na China e no estrangeiro permitiram uma

²⁴³ CHEN, Ghanzhong *apud* PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Da Terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 546, Nota 678.

²⁴⁴ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro - Da Terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P.546.

²⁴⁵ CHEN Ghanzhong *apud* PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Da Terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 546, Nota 678.

melhoria nos padrões de aplicação da lei ²⁴⁶. Todavia, este amplo progresso fica irremediavelmente ofuscado por alguns factores do sistema penal como, p. ex., “o número de execuções, que as autoridades continuam a não divulgar; o processo especial, redutor de garantias para os acusados, para os casos de maior gravidade; o número de tipos penais susceptíveis da aplicação da pena de morte; um sistema processual penal que não aceita expressamente o princípio da presunção de inocência”²⁴⁷, nem o princípio *ne bis in idem*. Concordamos com Júlio Alberto Carneiro Pereira quando afirma que “a percepção de todos estes problemas é cada vez mais aguda na China. Avoluma-se nos meios académicos e também já na assembleia nacional popular as críticas ao sistema penal. A sua melhoria contribuirá também, positivamente, para a construção da «sociedade harmoniosa»”²⁴⁸.

Se no âmbito jurídico o alcance da “sociedade harmoniosa” tem conhecido uma evolução lenta e uma aceitação internacional relutante, o mesmo não se poderá afirmar do âmbito económico. De facto, as políticas económicas e financeiras têm sido responsáveis pelo sucesso da China nos mercados internacionais, utilizando instrumentos financeiros. A implementação e reforço de políticas de exportação bem como a manutenção do valor da moeda artificialmente baixo, atribui-lhe elevada competitividade e capacidade de negociação internacional. Alheia às vozes críticas, principalmente dos E.U.A., é, pois, através do sucesso económico que a R.P.C. pretende ver reconhecida a sua economia de mercado pelos países europeus, *a priori*. É neste sentido que vão as declarações do primeiro-ministro da R.P.C. Wen Jiaobao no dia 13 de Setembro de 2011, no dia de abertura do Fórum Económico Mundial em Dalian²⁴⁹, ao afirmar que a China “*Não pode crescer isoladamente e que tenciona crescer a nível interno e global.*” Acrescentou, ainda, que “*políticas económicas e de mercado mais abertas contribuirão nesse sentido.*” Acredita Wen Jiaobao “*que a economia Chinesa trará um novo contributo para um crescimento robusto, sustentável e equilibrado na economia global. (...) Temos, em várias ocasiões, demonstrado a nossa prontidão em ajudar e prontidão em aumentar o nosso investimento na Europa.*” Afirmou, ainda, que a R.P.C. tenciona investir mais nos países europeus vendo, em contrapartida, reconhecida a R.P.C. enquanto economia de mercado pela Europa.

Parece-nos que Portugal é um dos mais claros e ilustrativos exemplos do sucesso desta intenção. Senão vejamos: a 30 de Dezembro de 2011, a China Three Gorges, empresa da R.P.C., comunica à EDP a assinatura de um Acordo de Venda Directa de Referência com a

²⁴⁶ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Da Terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 554 – 556.

²⁴⁷ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 555.

²⁴⁸ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Da Terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 555.

²⁴⁹ B.B.C. World - News Headlines and World Business Report. [Em Linha]. London, 13.09.2011. [Consult. 13.09.2011]. Disponível em <http://www.bbcworldnews.com/Pages/default.aspx>.

Parpública – Participações Públicas (SGPS), S.A. para aquisição de 780.633.782 acções, representativas de 21,35% do capital social da EDP e dos respectivos direitos de voto²⁵⁰; a 22 de Fevereiro de 2012, passaram a ser imputáveis às sociedades State Grid International Development Limited, State Grid Europe Limited e State Grid Corporation of China, empresa estatal da R.P.C., 25% dos direitos de voto representativos do capital social da REN, no âmbito da segunda fase do processo de reprivatização da REN e em resultado da celebração de acordos de venda directa com a Parpública – Participações Públicas (SGPS)²⁵¹.

Acreditamos, de facto, que os exemplos tenderão a multiplicar-se na medida em que, por um lado, as participações do grupo Parpública, estendem-se, actualmente, aos mais diversos sectores de actividade económica, desde a aviação, aos recursos hídricos, energia eléctrica, turismo, actividade hospitalar e até à Imprensa Nacional Casa da Moeda²⁵². E, por outro lado, as declarações à agência Lusa já em Julho de 2011²⁵³ de Guan Jianzhong, presidente da Dagong, uma das quatro principais agências de ‘rating’ chinesa (que não tem as agências Moody’s, Fitch ou Standard&Poor’s como parceiras de negócio), fazem crer na expansão dos investimentos chineses em Portugal. De facto, Guan Jianzhong, atribui a responsabilidade pela actual situação económica de Portugal, não só à acumulação de muita dívida ao longo dos anos, mas também às *“inapropriadas notas dadas pelas agências de avaliação de crédito internacionais”*. Considera Guan Jianzhong que *“em termos de ambiente e do crescimento económicos, a situação não é assim tão má”* e que *“a Dagong tem uma opinião diferente, pensamos que as perspectivas de Portugal não são tão negativas no que se refere ao mercado e investimento, se a situação económica se conseguir estabilizar e se não se verificar um forte choque externo”*. Em Julho de 2011, de acordo com dados da agência Lusa²⁵⁴ a R.P.C. já teria adquirido cerca de 4 milhões de euros em dívida portuguesa.

Para Guan Jianzhong, os planos do Governo português de privatizar algumas empresas

²⁵⁰ Sítio EDP – Titulares de Participações Qualificadas e Direitos de Voto, 15 de Março de 2012. *Estrutura Accionista*. [Em linha]. (2012). [Consultado 29.03.2012]. Disponível em <http://www.edp.pt/pt/investidores/accaoedp/estruturaaccionista/Pages/ShareholderStructure.aspx>

²⁵¹ Sítio REN – Informação accionista actual. *Estrutura Accionista*. [Em linha]. (2012). [Consultado a 29.03.2012]. Disponível em <http://www.ren.pt/vPT/Investidor/InformacaoaoAccionista/EstruturaAccionista/Pages/InvestidorGrupoRENEstrutura.aspx>

²⁵² Sítio Parpública – Participações do Grupo Parpública, 31.12.2011. *Participações do Grupo*. [Em linha]. (2012). [Consultado a 29.03.2012]. Disponível em http://www.parpublicasgps.com/files/participacoes_grupo_31_12_2011.pdf

²⁵³ Sítio Sapo – *Actual situação de Portugal é oportunidade para investidores chineses*. [Em linha]. (31.07.2011). [Consultado a 30.03.2012]. <http://economico.sapo.pt/noticias/nprint/123751.html>

²⁵⁴ Sítio Sapo – *Actual situação de Portugal é oportunidade para investidores chineses*. [Em linha]. (31.07.2011). [Consultado a 30.03.2012]. <http://economico.sapo.pt/noticias/nprint/123751.html>

constituem uma “*oportunidade para investidores chineses, porque muitas empresas estão a enfrentar dificuldades financeiras e neste momento precisam de ajuda externa.*”

Mais recentemente, a 16 de Março de 2012, em declarações à agência Lusa no âmbito da conferência de encerramento de antigos alunos da escola de gestão INSEAD, o economista António Borges²⁵⁵, confirmou que “*o processo de privatizações que já começou tem sido extremamente transparente e bem-sucedido lá fora*” e que tem suscitado o interesse não só de investidores chineses muito embora reconhecendo que “*os chineses tenham ganho*” a ‘corrida’ às privatizações²⁵⁶.

²⁵⁵ Sítio RTP – RTP Notícias Economia. *Processo tem sido “extremamente transparente e bem recebido”* – António Borges. [Em linha]. (16.03.2012). [Consultado em 31.03.2012]. <http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=536467&tm=6&layout=121&visual=49>

²⁵⁶ *Idem, Ibidem.*

1.2.2.1.2. - Japão

Permitimo-nos, agora, uma breve reflexão sobre o princípio *ne bis in idem* no sistema jurídico Japonês cuja relevância para o presente estudo se funda no facto de se tratar do ordenamento jurídico oriental mais próximo dos sistemas jurídicos ocidentais fruto de uma ocidentalização forçada. De facto, o Japão, sob a égide do imperador Mutsuhito, da dinastia Meiji, iniciou, a partir de 1868 uma surpreendente modernização económico-social que o tornou um dos países mais prósperos e fortes da Ásia, aproximando-o do Ocidente europeu. Ao nível político, essa modernização teve início com o documento conhecido pelo nome de *Juramento dos Cinco Artigos* (1868), a que se seguiu a outorga de uma Constituição (1889) que fez do Japão um Estado de Direito, embora sob o comando do Imperador que manteve o controlo supremo sobre o governo e o exército²⁵⁷. De facto, actualmente, o art.º 39.º da Constituição Japonesa prevê, explicitamente, o *ne bis in idem* ao nível processual e legal, proibindo, assim, o duplo julgamento e dupla condenação.

Apesar de não existirem quaisquer restrições ao *ne bis in idem* a nível interno, já o mesmo não se verifica no plano transnacional. De facto, o art.º 39.º não afasta, de todo, a hipótese de novo julgamento e imposição de nova pena a um caso que tenha sido objecto de anterior julgamento e condenação por um tribunal estrangeiro. Ainda assim, o art.º 5.º, do mesmo diploma, prevê a possibilidade de redução da pena aplicada pelo tribunal japonês, tendo em conta a pena já cumprida no país estrangeiro. Por outro lado, ao não ratificar o diploma do T.P.I., o Japão não reconhece competência jurisdicional hierarquicamente superior dos Tribunais Internacionais face aos tribunais nacionais²⁵⁸.

²⁵⁷ PINTO, Ana Lúcia [et al.] – As aspirações de liberdade nos Estados autoritários e a queda dos Impérios. In *Temas de História 12 – 1.º Vol.*. Porto: Porto Editora, 1999. ISBN 972-0-41214-3. P.180.

²⁵⁸ KAWAIDE, Toshihiro - Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle *ne bis in idem* in Japan. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). p. 1031-1035. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

1.2.2.2. - O princípio *ne bis in idem* e o ordenamento jurídico chinês – subsídios para a evolução histórica, cultural, política e jurídica

A análise da evolução histórica, cultural, política e jurídica do princípio *ne bis in idem* no ordenamento jurídico da R.P.C. divide-se em dois momentos essenciais. Versará, em um primeiro momento, na evolução da história da R.P.C. desde a pré-história até à actualidade, procurando buscar as origens do princípio *ne bis in idem* e a justificação para o seu actual enquadramento jurídico nas reminiscências da história da R.P.C.. Em um segundo momento, analisaremos quatro períodos da história do séc. XX da R.P.C., que permitem caracterizar o actual ordenamento jurídico da R.P.C. procurando sinalizar os subsídios históricos, culturais, políticos e jurídicos que fundamentam o diferente entendimento do *ne bis in idem* neste ordenamento jurídico.

1.2.2.2.1. – Evolução histórica

Encontrar a origem do princípio *ne bis in idem* no ordenamento jurídico chinês significa, desde logo, a uma reflexão sobre a evolução histórica da China, desde tempos ancestrais à actualidade. De facto, dificilmente se conseguirá uma análise rigorosa da origem do princípio *ne bis in idem* na China sem tal reflexão. Sem pretender uma análise extensiva da história da China, pretendemos, pelo presente capítulo, contextualizar a evolução histórica da China desde os primórdios. Tal exercício exige-nos, desde logo, uma divisão cronológica por fases ou períodos. Assim, podemos destacar alguns momentos essenciais: A pré-história ou história inicial da China; As dinastias Qin, Han, Tang e Qing; A China republicana (1911-1949); A República Popular da China após a revolução de 1949 e subsequente proclamação da República Popular da China em 1 de Outubro de 1949²⁵⁹, concedendo especial atenção à evolução do pensamento tradicional Chinês das Dinastias Qin e Tang e ao advento da China Republicana e da República Popular da China na medida em que estes momentos constituem a génese do acervo legal da China actual.

²⁵⁹ ROBERTS, J.A.G. - *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3.P.33 ss.

A pré-história ou história inicial da China: a data da origem física do povo chinês mais bem documentada remonta ao Paleolítico a 16922 a.C.²⁶⁰. Contudo, a tradição chinesa remete a origem do povo chinês não a factos cientificamente comprováveis mas a uma realidade mítica e mágica. Assim, segundo a tradição, os seres humanos são originários dos parasitas existentes dentro do corpo do criador Pangu. Após a morte de Pangu, governantes sábios introduziram as invenções e instituições fundamentais da sociedade humana. Os Chineses fazem remontar o *Clássico das Mutações* (Yijing《易经》)²⁶¹ à mais Alta Antiguidade Chinesa, por volta de 3000 a.C. e ao primeiro governante, imperador mítico, Fuxi, filho do Deus do Trovão e de mãe humana, Huaxu. Ao primeiro imperador mítico sucederam os imperadores Shennong, Huangdi (o Imperador Amarelo, criador da escrita), Yao e Shun, que escolheu como seu sucessor o seu ministro Yu. É neste momento que a pré-história se funde com a história e, segundo a tradição, o reinado de Yu (2205 a. C.) terá fundado a dinastia Xia (1900 a. C.-1350 a. C.), a primeira das três dinastias da China antiga: Xia, Shang e Zhou.

Estes momentos iniciais, foram conturbados e caracterizaram-se por guerras entre os estados e com os povos vizinhos, ao que se seguiu um segundo momento de paz relativa, o período dos Estados Combatentes. Nesta fase as guerras continuaram a ser constantes mas alterou-se o seu carácter, deixando de ser um monopólio aristocrático para se tornar numa actividade com liderança autoritária, exércitos profissionais e serviço militar obrigatório para os camponeses. Foi neste momento que surgiram especialistas militares, sendo o mais conhecido Sun Tzu, autor de *A Arte da Guerra*, datada do séc. V a.C. É também deste período que datam os *Analectos*, uma compilação das palavras de Confúcio (551 a 479 a. C.) feita após a sua morte. O mestre Kong surge na China como um grande pedagogo e defensor de uma filosofia prática que se pode considerar a encarnação da própria moralidade. Arauto dos valores ético-morais em prol da sociedade e do bem comum, tem uma posição extremamente crítica face à religião²⁶². A percepção de que se vivia tempos conturbados e de que a China já vivera uma idade de ouro, levam-no a concluir que o caminho para a boa governação é o *dao* ou a *Via* que significa: «a Via para governar um estado de modo a que a ordem e a harmonia possam prevalecer entre os homens»²⁶³. As suas preocupações com a boa governação levam-

²⁶⁰ ROBERTS, J.A.G. – A pré-história e a história inicial da China. In *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 33-51.

²⁶¹ ALVES, Ana Cristina – A Transformação no Clássico das Mutações. In *O Pensamento Religioso Chinês*. Lisboa: [s.l.], Junho 2010. Curso C.C.C.M.. Coord. Ana Cristina Alves. P. 1-48.

²⁶² ALVES, Ana Cristina – A Transformação no Clássico das Mutações. In *O Pensamento Religioso Chinês*. Lisboa: [s.l.], Junho 2010. Curso C.C.C.M.. Coord. Ana Cristina Alves. P. 1-48.

²⁶³ DAWSON, Raymond - *Confucius* (Oxford: Oxford University Press, 1981), p.46 *apud* ROBERTS, J.A.G. – O período dos Estados Combatentes. In *História da China*. 1.^a ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 45-51.

no a ministro do rei Lu, cargo que abandona para se dedicar em exclusivo à pedagogia em 497 a. C.²⁶⁴ Para Confúcio, uma boa governação dependia de uma governação ética, escolhendo bons oficiais, dando o exemplo moral e tratando o seu povo com Humanidade e Benevolência. Em um dos seus aforismas dos *Analectos*, Confúcio distingue o homem nobre do homem pequeno. O homem nobre é superior não devido ao seu nascimento mas graças aos seus feitos morais superiores. E diz «*O homem nobre compreende o que é a moral. O homem pequeno compreende o que é lucrativo.*»²⁶⁵ Confúcio enaltece constantemente a importância da educação e do desenvolvimento pessoal, estabelecendo assim o respeito pela aprendizagem livresca que perduraria ao longo de todo o período imperial bem como a aprendizagem do melhor comportamento. A forma ideal de um Homem lidar com os outros seres humanos era recorrendo à virtude da Benevolência e reciprocidade afirmando: «Não imponhas aos outros aquilo que não desejas para ti». Aparentemente próximo dos ensinamentos do cristianismo, este aforismo tem como base a apologia de uma determina postura ética de convivência no espaço social e político e não tanto o amor ao próximo (neste último caso, falamos de cristianismo). Confúcio colocava uma ênfase especial na piedade filial que implicava a obediência aos pais durante a vida, a prestação de cuidados quando envelheciam e conceder-lhes um funeral e sacrifícios adequados após a sua morte (principalmente os mortos masculinos). O «*Culto dos Antepassados*» não implica a deificação dos antepassados constituindo, ao invés, uma expressão ritual de expressão patrilinear, que se desenvolve no culto doméstico, no culto da linhagem e, ainda, na concepção da nação chinesa. O Confucionismo desenvolve-se em estreita ligação com o Culto Popular aos Antepassados criando-se uma ligação íntima entre os vivos que protegem os mortos e os *bons mortos*²⁶⁶ que defendem os vivos. Depois da ascensão do comunismo ao poder, o altar doméstico do culto dos antepassados, com os seus objectos rituais, tabuinhas de madeira, folhas de papel

²⁶⁴ ALVES, Ana Cristina – O Culto dos Antepassados: nos *analectos*, em Mêncio, nos Neoconfucionistas e nas festividades populares. In *O Pensamento Religioso Chinês*. Lisboa: [s.l.], Junho 2010. Curso C.C.C.M.. Coord. Ana Cristina Alves. P. 1-32.

²⁶⁵ D.C., Lau - *Confucius: The Analects* (Harmondsworth: Penguin Books, 1979) p. 74, 131 *apud* ROBERTS, J.A.G. – O período dos Estados Combatentes. In *História da China*. 1.^a ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 47.

²⁶⁶ ALVES, Ana Cristina – O Culto dos Antepassados: nos *analectos*, em Mêncio, nos Neoconfucionistas e nas festividades populares. In *O Pensamento Religioso Chinês*. Lisboa: [s.l.], Junho 2010. Curso C.C.C.M.. Coord. Ana Cristina Alves. P. 1-32. Nem todos ascendem à categoria de bons mortos. Será um bom morto apenas o que morrer em idade avançada, assegurando descendência.

vermelho e fotografias a preto e branco, foi proibido em resultado das campanhas anti-confucionistas de 1970. Contudo, o culto prevaleceu e foi retomado nos anos 90.²⁶⁷

Distinto da moralidade confucionista, surge no séc. IV a. C. o Daodejing ou *O livro da Via e do Poder*, alegadamente escrito por Laozi, hoje geralmente aceite que nunca existiu. O Daodejing trata-se de uma compilação de textos que denotam os tempos conturbados em que foram escritos e em que a atenção central era concedida à natureza das ideias filosóficas conhecidas como daoísmo (mais conhecido por taoísmo no Ocidente). O *dao* era um conceito metafísico, por vezes referido como o absoluto. Para a concepção daoísta, o governante ideal era o sábio que tinha alcançado a clarividência e que o aplicava à arte da governação. O princípio mais importante era o *wuwei*, que significava que o governante devia evitar interferir na vida das pessoas. Esclarece o Daodejing sobre o *wuwei*²⁶⁸: “*Não honrar homens valorosos evitará a contenda entre as pessoas; não valorizar bens difíceis de adquirir evitará que elas roubem; não exhibir o que é desejável evitará que as suas mentes sejam perturbadas. Portanto, ao governar as pessoas, o sábio esvazia-lhes as mentes mas enche-lhes as barrigas, enfraquece-lhes a vontade mas fortalece-lhes os ossos. Mantém-nas inocentes de todo o conhecimento e libertas de desejo, garantindo que os perspicazes nunca ajam. Faz aquilo que consiste em não empreender acção e a ordem prevalecerá.*”

Ainda a propósito da génese do pensamento e cultura chinesas, não podemos deixar de referir Mêncio (372-289 a. C.) que contribuiu para o pensamento confucionista. Mêncio acreditava que o que separava os homens dos animais era o coração, ou seja, a natureza essencialmente moral da humanidade. Defendia a natureza intrinsecamente boa do ser humano: «*A natureza humana é boa, tal como a água que procura os terrenos baixos. Não há homem que não seja bom. Não há água que não corra para baixo.*»²⁶⁹ Oposta a esta filosofia encontramos Xunzi (298 – 238 a.C.) para quem a natureza humana é má e a sua bondade é adquirida visto que os seres humanos nascem com paixões e desejos que conduzem inevitavelmente ao caos e desordem se não forem vergados. Xunzi enaltecia a educação e, mais tarde, surgem os *Quatro Livros*, quatro obras que se tornaram nos textos básicos para a educação primária. São eles: *Analectos* de Confúcio e Mêncio; o *Livro dos Ritos: o Grande Estudo*, um ensaio sobre o desenvolvimento pessoal e a organização da família e da

²⁶⁷ ALVES, Ana Cristina – O Culto dos Antepassados: nos analectos, em Mêncio, nos Neoconfucionistas e nas festividades populares. In *O Pensamento Religioso Chinês*. Lisboa: [s.l.], Junho 2010. Curso C.C.C.M.. Coord. Ana Cristina Alves. P. 1-32.

²⁶⁸ D.C., Lau, *Confucius: The Analects* (Harmondsworth: Penguin Books, 1979) p. 59 *apud* ROBERTS, J.A.G. – O período dos Estados Combatentes. In *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 49.

²⁶⁹ D.C. Lau, *Confucius: The Analects* (Harmondsworth: Penguin Books, 1979) p. 142 *apud* ROBERTS, J.A.G. – O período dos Estados Combatentes. In *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 50.

sociedade, e a *Doutrina do Meio*, que esclarecia a forma como os homens e as suas acções poderiam estar em harmonia com o universo²⁷⁰.

A Dinastia Qin (221-201 a.C.)²⁷¹: a dinastia eternizou-se sob o epíteto ‘*dinastia legalista*’²⁷² em resultado das acções do jovem súbdito Lorde Yang que implementou um conjunto de reformas em Qin mais conhecidas como Legalismo que romperam totalmente com a benevolência para benefício do povo, tipicamente confucionista. Para os legalistas, os interesses do estado vinham em primeiro plano e este devia ser organizado racionalmente de modo a maximizar o seu poder perante os rivais, defendendo o recurso à guerra. No âmbito penal, foram ainda impostas leis e castigos rígidos, introduzindo-se procedimentos administrativos fixos e um código legal com penas severas para os transgressores. A população foi dividida em grupos de cinco ou dez famílias e cada indivíduo era considerado responsável pelos delitos cometidos por qualquer membro do grupo a que pertencia, reforçando o sentimento de pertença ao colectivo e eliminando qualquer tendência individualista. Para os confucionistas, Lorde Yang destruiu as tradições e forçou o povo à submissão. No entanto, em 1970, no momento da campanha anti Confúcio, Lorde Yang foi citado como exemplo de como a violência revolucionária podia ser usada para suprimir a aristocracia e introduzir reformas radicais. A queda da dinastia Qin deu-se pelo ano 207 a.C. fruto da falta de humanidade e rectidão do governo. Contudo, historiadores marxistas realçaram o papel dos camponeses pobres na queda da dinastia, descrevendo a sua rebelião como a primeira grande revolta popular na história da China. Historiadores ocidentais, porém, indicam como factores para a queda da dinastia as falhas morais dos seus governantes, o descontentamento gerado pelas suas políticas e a magnitude da tarefa empreendida.

A Dinastia Han (206 a. C. – 9)²⁷³: esta dinastia marcou a recuperação de alguns valores confucianos na governação, sendo o reinado do Imperador Gaozu (206 – 195 a.C.) o mais relevante ao nível da consolidação do poder político como verdadeiro poder imperial alicerçado na real possibilidade de um homem de origens humildes mas de virtudes excepcionais poder tornar-se imperador. De facto, Gaozu implementou medidas destinadas a restaurar a paz na nação, proclamando amnistias e estabelecendo um controlo centralizado. A duas medidas mais importantes foram: 1.^a - A formalização do sistema de governo burocrático

²⁷⁰ D. C. Lau, *Confucius: The Analects* (Harmondsworth: Penguin Books, 1979) p. 142 *apud* ROBERTS, J.A.G. – O período dos Estados Combatentes. In *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3.P. 50.

²⁷¹ ROBERTS, J.A.G. – A ascensão do Estado Qin. In *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 51-57.

²⁷² ROBERTS, J.A.G., *Op. cit.*, p. 51-57.

²⁷³ ROBERTS, J.A.G. – A primeira dinastia Han. In *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3.P. 58-64.

introduzido durante o período Qin; 2.^a – A segunda medida, consistiu na adopção dos *Novos Analectos*, uma compilação de ensaios que realçavam as fraquezas da dinastia Qin e recomendavam a adopção de um padrão ético de conduta pelo novo imperador Gaozu, marcando o início da adopção dos valores confucianos como a base do governo imperial.

A Dinastia Tang (618-906)²⁷⁴: Após um período conturbado de divisão da China em vários reinos (período dos Três Reinos em 220 - 280 e dos Dezasseis Reinos em 316), em 589 Yang Jian reunifica a China e em 618 inicia-se o domínio da Dinastia Tang. Taidong (626-649), o «*maior monarca da história da China*»²⁷⁵, promoveu a organização do sistema jurídico dividindo em departamentos: o gabinete do censor, órgão que investigava os abusos, e o supremo tribunal, que revia as sentenças de crimes e os códigos legais foram revistos e os castigos menos severos. É ainda na dinastia Tang que assentam as raízes do Código Qing, um código com tradição secular que vigorou até 1911.

Após a queda da dinastia Tang, sucederam-se várias dinastias que governaram simultaneamente diferentes zonas da China nomeadamente as dinastias Qidan Liao (907-960), Song (960-1125), Jurchen Jin (1125-1234), Song do Sul (1127-1279), o domínio Mongol e a dinastia Yuan (1279-1368), dinastia Ming (1368-1644)²⁷⁶ e a última dinastia imperial, a dinastia Qing (1644-1911) que baseados no código Qing criaram uma forma eficaz de governação sino-manchu aumentando os contactos com o estrangeiro. O declínio da dinastia Qing ficou a dever-se essencialmente à actividade das Tríades, com origem em Taiwan no séc. XVII e cujo objectivo era o derrube dos Qing e a restauração da dinastia Ming, bem como à 1.^a Guerra do Ópio (1839-1842) e à 2.^a Guerra do Ópio (1856-1860)²⁷⁷. Da dinastia Qing destacamos, ao nível do sistema judicial, o Departamento dos Castigos que tratava de todos os assuntos relacionados com o direito e revia todos os casos em que fosse aplicada a pena de morte²⁷⁸. As questões civis dirimiam-se fora dos tribunais e apenas se recorria ao processo jurídico em situações excepcionais. Os presos eram culpados até prova em contrário e os tribunais eram locais tenebrosos, que aplicavam castigos muito severos, e que os cidadãos honestos deviam evitar o mais possível. Todavia, na opinião de Stephen Haw²⁷⁹, até ao séc.

²⁷⁴ ROBERTS, J.A.G. – Do período da divisão à queda da dinastia Tang. In *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 71-79.

²⁷⁵ W. E., Soothill, *apud* ROBERTS, J.A.G. – O Reinado Taizong, 626-649. In *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 82.

²⁷⁶ ROBERTS, J.A.G. – *História da China*. 1.^a Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P.51-143.

²⁷⁷ HAW, Stephen G. – *História da China*. Lisboa: Tinta da China, 2008. ISBN 978-972-8955-80-9. P. 174-216.

²⁷⁸ HAW, Stephen G., *Op.cit.*, P. 178.

²⁷⁹ HAW, Stephen G. – *História da China*. Lisboa: Tinta da China, 2008. ISBN 978-972-8955-80-9. P.178.

XIX, as penas aplicadas na China não seriam mais severas do que na maioria dos países europeus no mesmo período.

No início do séc. XX a China enfrentou grandes transformações sociais, alianças entre famílias abastadas e a pequena nobreza e influência ocidental principalmente nas cidades portuárias. Foi assim que, a 10 de Outubro de 1911 («*Duplo Dez*»)²⁸⁰ um motim encabeçado por oficiais do novo exército declarou a independência da província de Hubei, ao qual aderiram todas as províncias do centro e sul da china. Foi instaurada a República tendo Sun Yatsen como presidente provisório. A corte de Qing apelou auxílio ao influente comandante militar da região norte Yuan Shikai que aderiu ao movimento republicano, forçando o imperador a abdicar. Yuan Shikai governou como presidente entre 1912 e 1916 tendo a sua morte, em 1916, criado um vazio político e até 1928 Pequim exerceu uma autoridade simbólica na medida em que o verdadeiro poder estava nas mãos dos senhores da guerra.

Durante estes anos houve vários acontecimentos, a destacar: o Movimento dos Quatro de Maio, nome dado ao movimento político e cultural que atingira o seu clímax em 1919; a fundação do Partido Comunista Chinês (P.C.C.) em 1921; a reorganização do Guomindang, o Partido Nacionalista; e a Expedição do Norte de 1926-1928, que conduziu à reunificação do país.

Entre 1928 e 1937 o Guomindang tentou transformar a China num estado moderno²⁸¹, enquanto hostilizava o P.C.C., partido do qual se desligara em 1927. Em 1931 o Japão ocupou a Manchúria, mas Jiang Jieshi, agora à frente do Guomindang, decidiu não reagir, preferindo perseguir comunistas, que iniciaram então a Grande Marcha de 1934. Contudo, em 1936 o avanço japonês no Norte da China forçou Jiang Jieshi a juntar-se aos comunistas numa frente unida. A guerra Sino-japonesa eclodiu em 1937. Após um período inicial de resistência, o Guomindang refugiou-se em Chongqing, enquanto os comunistas continuaram a lutar a partir da sua base em Yan'na. Após a derrota do Japão em 1945, o Guomindang, chefiado por Chang Kay Chek apoiado pelos E.U.A., e o P.C.C., liderado por Mao Zedong e apoiado pela U.R.S.S. na Manchúria do Norte, travaram uma guerra civil que resultaria na vitória dos comunistas em 1949 e a consequente proclamação da República Popular da China. Contudo, descontentes com a ineficácia e corrupção de Chang Kay Chek, os E.U.A. ajudaram os nacionalistas a retirarem-se para a Formosa/Taiwan e abandonaram a China Continental ao avanço dos partidários de Mao. Ao contrário da U.R.S.S. de Estaline, a

²⁸⁰ ROBERTS, J.A.G. – A China Republicana 1911-1949. In *História da China*. 1.ª Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 233-282.

²⁸¹ ROBERTS, J.A.G. – A China Republicana 1911-1949. In *História da China*. 1.ª Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3. P. 233.

China de Mao (maoísmo) procurava conquistar a confiança dos camponeses, transformando as aldeias em unidades de gestão colectiva, após a colectivização das grandes propriedades rurais. Com a Revolução Cultural Mao Zedong implementou uma passagem radical rápida à fase comunista do socialismo, principalmente a nível ideológico e comportamental. No panorama internacional, a R.P.C. afirmava a sua posição de gigante entre o Pacífico e o Tibete, entre a Indochina e a Coreia, intervindo na redefinição das fronteiras com a Índia (1950), na guerra da Coreia (1951), nas guerras da Indochina (1953-1973)²⁸².

Importa, agora, analisar a evolução do direito penal no período compreendido entre 1921 a 1949, à luz da evolução do P.C.C.. Podemos distinguir quatro fases essenciais, seguindo de perto, neste ponto Júlio Alberto Carneiro Pereira²⁸³: Primeira fase: período de germinação (1921-1927); Segunda fase: período das fundações (1927-1937); Terceira fase: período da consolidação (1937-1945); Quarta fase: período da dimensão nacional (1945-1949).

²⁸² PINTO, Ana Lúcia [*et al.*] – A República Popular da China. In *Temas de História 12 – 2.º Vol.*. Porto: Porto Editora, 1999. ISBN 972-0-41215-1. P. 146.

²⁸³ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 31-79.

1.2.2.2.2. - Primeira fase: período de germinação (1921-1927)²⁸⁴

Apesar de nos encontrarmos ainda longe da fundação da R.P.C., começa nesta fase a germinação do direito revolucionário. Encontram-se já elementos que se vão manter até à actualidade quer no plano legislativo quer no plano da aplicação prática. De facto, no entender Gao Mingxuan Zhubian, ilustre penalista da R.P.C., o direito produzido na fase da nova democracia, a fase imediatamente anterior ao socialismo, é o primeiro passo e o alicerce do direito socialista. A legislação penal produzida nesta fase foi produto do primeiro governo de cantão e do governo de Wuhan, sendo aplicável a par da legislação produzida pelo governo de Beiyang (governo sediado em Beijing entre 1912-1928 sob o controlo de Yuan Shikai), bem como a legislação da última fase do ciclo imperial em tudo o que não contradissesse a legislação nova. Na sua génese, o acervo legislativo desta fase caracteriza-se pela natureza progressista e revolucionária. O pendor revolucionário acentua-se no período da greve de Cantão, sob a égide de um “mini-governo operário” que publica uma série de regulamentos e leis versando sobre “condutas contra-revolucionárias” e “crimes contra-revolucionários”. Esta legislação não faz parte do elenco oficial da legislação produzida pelo governo nacionalista. Alguns exemplos são²⁸⁵: “Lei penal militar”, de 9 de Outubro de 1925, aplicando-se a crimes tipicamente militares mas também a crimes comuns, se cometidos em tempo de guerra, tais como a pilhagem ou violação; “Regulamento dos crimes contra-revolucionários”, de 30 de Março de 1927, “Considerando-se conduta contra-revolucionária toda aquela que, com intenção de derrubar o governo nacional ou subverter a revolução nacionalista, através de qualquer conduta hostil, usando força estrangeira, de conluio com as forças armadas ou usando o poder económico, procure sabotar a política da revolução nacional”²⁸⁶; ou o “Regulamento provisório para a punição de tiranos e caciques malvados”, de dia 2 de Março de 1927, sendo este o exemplo mais radical e na linha do partido comunista, determina onze factos de definição lata e abstracta pelos quais seriam punidos os “tiranos locais e caciques malvados”²⁸⁷. Um desses factos, entre outros, era a sabotagem ou

²⁸⁴ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P.31-47.

²⁸⁵ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 31-47.

²⁸⁶ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – *Op. cit.*, p. 31-47.

²⁸⁷ ZHANG, Xipo, HAN Yanlong zhunbian, 中国革命法制史, *Zhongguo Geming Fazhishi*, 1987, Beijing, vol. I, pág. 283 ss. *apud* PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua

obstrução do interesse público local. As penas previstas neste período eram a pena de morte, prisão perpétua e prisão até um máximo de 15 anos e ainda as penas acessórias de confisco, multa e privação dos direitos civis. Não se pode afirmar que nesta fase se tenha criado um verdadeiro sistema legal mas, tão-só, uma produção legislativa avulsa sobre a base do sistema legal produzido durante o governo de Beiyang, mantendo-se as bases teóricas e institutos legais previamente existentes. O que realmente constitui novidade são os regulamentos e legislação prevendo crimes contra-revolucionários. Outro aspecto relevante é a introdução da linha de massas na aplicação da lei que teve a sua primeira manifestação durante a greve de Cantão em que os violadores da lei da greve foram julgados por tribunais constituídos pelos próprios grevistas. Num primeiro momento estes julgamentos eram feitos em assembleias populares, públicas em que os participantes tomavam a decisão. Eram escolhidos os casos mais graves como forma de mobilização das massas. Num momento posterior, os julgamentos foram presididos por um comité de julgamento de cariz mais sereno.

Mao Zedong consagrou uma linha política que apoiava a actuação e os excessos das associações camponesas, dando o seu acordo à negação dos direitos civis e de auto-defesa dos “*tiranos locais e caciques malvados*”²⁸⁸. Era adepto de uma política de humilhação desses elementos, defendendo a execução dos que suscitavam mais ódio popular, considerando que um período de terror era indispensável para a erradicação de contra-revolucionários. Era deixado às massas a última palavra sobre o destino dos suspeitos, visto que Mao revelava uma total confiança na sabedoria do povo para encontrar a solução justa. Escreveu Mao num “*relatório sobre a investigação do movimento camponês em Hunan*” de março de 1927 que “*Uma revolução não é um jantar festivo, escrever um ensaio, pintar ou bordar; não pode ser algo tão refinado, calmo, suave, sóbrio, simpático, cortês, moderado, magnânimo. A revolução é uma insurreição, um acto de violência pelo qual uma classe derruba outra*”²⁸⁹.

Apesar de uma moderação das práticas nas fases subsequentes, a determinação nos objectivos revolucionários manteve-se sólida e a metodologia da primeira fase mantém-se até à revolução cultural²⁹⁰.

influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P.42, nota 49.

²⁸⁸ ZHANG, Xipo, HAN Yanlong zhunbian, 中国革命法制史, *Zhongguo Geming Fazhishi*, 1987, Beijing, vol. I, pág. 283 ss. *apud* PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p.42, nota 49.

²⁸⁹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 31-47.

²⁹⁰ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 31-47.

1.2.2.2.3. - Segunda fase: período das fundações (1927-1937)²⁹¹

A segunda fase corresponde ao segundo período da guerra civil de onde o nascimento a 7 de Novembro de 1931 da República Soviética da China bem como vários instrumentos jurídicos como o projecto de uma constituição, lei de organização do poder político, regulamento penal, lei laboral, etc. Em linhas gerais, a constituição da República Soviética da China contava apenas com 17 artigos. O art.º 1.º determina que a tarefa da constituição era a de garantir a ditadura democrática do proletariado e camponeses nas áreas soviéticas e assegurar o seu triunfo por toda a China; o art.º 2.º determina que o poder político soviético pertencia aos operários, camponeses, soldados do exército vermelho e às massas trabalhadoras, que exerciam a ditadura sobre os senhores da guerra, burocratas, latifundiários, déspotas locais, camponeses ricos e todos os contra-revolucionários. Consagrou, ainda, as regras do centralismo democrático como forma de exercício do poder, sendo o congresso de operários, camponeses e soldados a mais alta instância do poder político. No plano dos direitos, previa a expropriação da terra dos latifundiários e garantia os direitos fundamentais dos cidadãos e a igualdade perante a lei mas apenas a todos os trabalhadores, camponeses, soldados do exército vermelho, trabalhadores e suas famílias. Em matéria penal, foi publicado a 8 de Abril de 1934 um regulamento para a punição de contra-revolucionários da República Soviética da China, sendo aplicável a chineses e estrangeiros. No art.º 2.º define o que se deve entender por conduta contra-revolucionária, enumerando, de seguida 28 tipos de condutas todas com cariz contra-revolucionário²⁹². O diploma consagrava, ainda, o recurso à analogia para punição de condutas que, embora não expressamente previstas, constituíssem um intuito contra-revolucionário. Em matéria de penas, mantém-se como penas principais a pena de morte e de prisão com um máximo de 10 anos e como penas acessórias o confisco e privação de direitos civis. Pode afirmar-se que este regulamento encerra um certo efeito retroactivo de lei penal mais favorável na medida em que veio corrigir os abusos cometidos ao abrigo da directiva n.º 6 de 1931 que esteve na génese do regulamento de 1934. O movimento de eliminação de contra-revolucionários era essencial nesta fase, pelo que era admitida como meio de prova válido a confissão obtida sob tortura, sendo regra fuzilar sem excepção e

²⁹¹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6.P. 47-55.

²⁹² PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.* p. 53. “*Considera-se conduta contra-revolucionária a de todos aqueles que, qualquer que seja a forma utilizada, conspiram para derrubar ou sabotar o governo soviético e os direitos alcançados pela revolução democrática de operários e camponeses, com intenção de manter ou restaurar o poder político da classe capitalista dos tiranos locais e caciques malvados*”.

incendiar as casas de tiranos locais, latifundiários do inimigo e de todos os que lhe prestassem assistência. Ao nível processual, não existiam regras processuais definidas. Em suma, apesar de neste período se ter assistido a progressos na construção do sistema legal, na prática ignoravam-se as regras por si criadas²⁹³.

²⁹³ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6.P. 47-55.

1.2.2.2.4. - Terceira fase: período da consolidação (1937-1945)²⁹⁴

No decorrer da terceira fase da guerra civil, e na iminência do fim da segunda guerra, os contactos entre o P.C.C. e o Guomindang intensificaram-se. As novas condições políticas espelharam-se no Direito Penal Revolucionário sendo que a prioridade deixou de ser o combate aos contra-revolucionários passando a ser o combate a traidores e colaboracionistas e aos sabotadores da luta anti-japonesa. O combate político assumiu, ainda, grande moderação por força da participação de não comunistas e mesmo da burguesia. Este circunstancialismo espelhou-se na lei e no processo penal, afastando-se as práticas arbitrárias de investigação criminal, consagrando o princípio da igualdade, reabilitando quem tinha sido injustamente perseguido e criando um elenco de penas mais compatível com políticas penais repressivas mais flexíveis. Havia uma preocupação em evitar erros em julgamento, tornando-se popular a fórmula de não deixar escapar um traidor, nem condenar um inocente. Na verdade, com estas políticas menos repressivas, o P.C.C. pretendia não alienar potenciais aliados na luta pela revolução democrática. Neste sentido, o departamento central de assuntos sociais emitiu uma directiva em Setembro de 1940 contendo 9 princípios destinados a aumentar a vigilância revolucionária, sem exagerar na luta contra os traidores. São eles: 1) combater as prisões e mortes arbitrárias; 2) combater a obtenção de confissões sob tortura; 3) impedir maus tratos aos delinquentes; 4) aderir ao espírito da legalidade revolucionária; 5) adoptar uma política objectiva e prudente; 6) apoio na investigação; 7) decidir em função das provas; 8) abolir penas corporais; 9) buscar apoio nas políticas. O princípio da igualdade perante a lei deixou de consagrar privilégios mostrando até, em alguns casos, uma maior exigência para com os membros do partido. Também em Novembro de 1941 foi aprovado um programa de governo com força constitucional, com apenas 22 artigos, tendo como tarefa fundamental a mobilização de todos os recursos para a guerra contra o Japão. Toda esta legislação avulsa contribuiu para a formação, nesta fase, de um direito penal disperso por regulamentos, cujos tipos de crime resultavam directamente dos condicionalismos sociais, mormente a guerra com o Japão. Contudo, este período teve o mérito de introduzir a prática de condenação à morte com possibilidade de suspensão nos casos de susceptibilidade de recuperação do condenado. As penas de prisão perpétua, trabalho forçado ou admoestação pública permanecem, surgindo ainda as infracções de natureza administrativa. Em suma, o direito penal deste período

²⁹⁴ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 55-69.

assumia os contornos do que viria a ser a Lei Penal da R.P.C., os tipos de crimes já se encontravam definidos bem como os agentes e os institutos. Pode afirmar-se que a estrutura básica do Direito penal da R.P.C. já existia nesta fase²⁹⁵.

²⁹⁵ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 55-69.

1.2.2.2.5. - Quarta fase: período da dimensão nacional (1945-1949)²⁹⁶

Corresponde esta fase ao fim da guerra civil e à subsequente vitória do P.C.C. Pressentindo a vitória, o P.C.C. adoptou medidas moderadas ao nível da ocupação e distribuição de terras por forma a captar apoiantes. No âmbito do direito penal, a prioridade era a punição de criminosos de guerra, espiões, contra-revolucionários e tiranos locais. Assim, as principais áreas de intervenção do direito penal nesta fase foram a punição de criminosos de guerra, eliminação do banditismo, punição de tiranos locais, erradicação de organizações reaccionárias e dissolução de tríades e organizações supersticiosas feudais. Em termos de organização e funcionamento judiciário, por falta de quadros técnicos, decidiu o P.C.C. manter em funções no aparelho judicial os anteriores funcionários do Goumingdang. Todavia, foram proibidas todas as referências a legislação anterior, passando a vigorar exclusivamente as novas leis, regulamentos, decretos e decisões emanados do Exército Popular de Libertação. As penas mantêm-se, sendo dada especial atenção à vigilância das massas e reeducação pelo trabalho, visando um ataque cerrado ao imperialismo e feudalismo, de modo a fazer vingar a ditadura democrática do povo. Concluindo, o sistema legal desta fase caracteriza-se por ter sido uma mera extensão das políticas do P.C.C. e um instrumento de uso e manutenção do seu poder. Assim, no caso concreto, aplicar-se-ia a lei se ela existisse, sendo as lacunas legais e casos não previstos integradas por recurso às políticas definidas pelo partido, marcadamente marxistas-leninistas e maoístas²⁹⁷.

Em conclusão, a lei penal vigente na R.P.C., resulta de uma evolução histórica, cultural, política e jurídica milenar, solidamente alicerçada na tradição jurídica e judiciária herdada, no essencial do Código Qing, produto da dinastia Qin (201-207 a. C.) e da dinastia Tang (618-906), que lhe deu continuidade, da consolidação da dinastia Qing (1644-1911) e da influência ocidental e produção legislativa avulsa do Guomingtang e do P.C.C. Em suma, a lei na China não era vista como um instrumento de salvaguarda dos direitos do indivíduo, mas como uma forma de imposição de deveres ao colectivo, de modo a manter o funcionamento harmonioso do império. Para a lei penal chinesa, o cidadão não era sujeito de direitos mas apenas um destinatário de penas, sendo o direito penal o instrumento ao serviço da burocracia

²⁹⁶ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – *Op.cit.* P. 69-77.

²⁹⁷ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 69-77.

imperial para impor a vontade do Estado²⁹⁸. No momento da queda da monarquia havia já um projecto de código penal moderno, de influência ocidental, que foi adaptado à nova situação política e publicado como lei penal provisória em 30 de Abril de 1912. Como vimos, também foi publicada um acervo de legislação penal avulsa. Contudo, uma tradição milenar não desaparece repentinamente. De facto, uma das explicações para o sucesso do Marxismo-leninismo na china foi a sua proximidade ideológica de base com as concepções imperiais. Na verdade, tal como na tradição imperialista, também o Marxismo-leninismo do P.C.C. encarava a lei como um instrumento da classe dominante para impor a sua ditadura²⁹⁹. Nisto se aproximam mais as concepções marxistas das concepções tradicionais chinesas da lei penal do que as concepções burguesas. A lei penal revolucionária caracterizava-se por ser pontual, ou seja, com objectivos concretos e assumindo-se como instrumento anti-imperialista e da reforma agrária. Ignorava também o conceito de culpa visto que, para atingir os fins pretendidos, era um conceito indiferente para a lei penal. Conhecendo um período de relativa moderação durante a guerra com o Japão, a lei penal chinesa conheceu uma profunda alteração aquando da vitória do P.C.C.. Na verdade, foram revogadas todas as leis anteriores do governo do Guomindang, sendo as lacunas supridas por recurso às políticas do partido. O direito penal, nesta fase, passou a assentar numa definição abstracta de crime que seria toda a actividade socialmente perigosa para o Estado ou os cidadãos. O valor jurídico supremo era a ditadura democrática do povo pelo que os crimes mais graves eram, pela seguinte ordem decrescente, os crimes contra-revolucionários, crimes contra os interesses colectivos e crimes contra direitos pessoais dos cidadãos. A analogia em sede de direito penal era mais regra que excepção, traduzindo uma política maleável na punição do crime, chegando mesmo a administrativizar questões que eram do âmbito do direito penal. Contudo, podemos afirmar que na data da instauração da R.P.C., a China estava já dotada dos instrumentos jurídicos de base que iria utilizar nas três décadas seguintes³⁰⁰. Contudo, como temos vindo a verificar, o princípio *ne bis in idem* é um grande ausente no sistema legal Chinês tanto na época imperial como na época pós-imperial. De facto, a sua raiz ocidental pode explicar, em parte, esta ausência. Contudo, a influência ocidental, crescente participação da R.P.C. em tratados

²⁹⁸ CRUZ, Sebastião *apud* PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P.77-79.

²⁹⁹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P.77-79.

³⁰⁰ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 77-79.

internacionais e, acima de tudo, a abertura a mercados internacionais permitiram que a introdução do princípio *ne bis in idem* nas discussões doutrinárias que começam o questionar o seu eventual surgimento no sistema legal Chinês³⁰¹.

³⁰¹ CHEN, J. – Experience of Law in the P.R.C. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 31-55, 53.

1.2.2.3. - O princípio *ne bis in idem* na actualidade

Actualmente, o princípio *ne bis in idem* encontra-se ainda numa fase embrionária da legislação chinesa. De facto, não é considerado como um princípio fundamental da legislação chinesa se bem que, de acordo com a doutrina, é largamente aceite no âmbito processual penal e desempenha quatro funções essenciais: a) Protecção dos direitos humanos (como forma de limitar o *jus imperium* estadual); b) Salvaguarda da justiça processual (através de uma investigação criminal imparcial); c) Garantia de eficiência processual (afirmação dos princípios da “proibição do excesso” e da “não repetição” do processo já iniciado); d) Salvaguarda do caso julgado³⁰².

1.2.2.3.1. – Constituição da República Popular da China

A primeira Constituição da R.P.C. é aprovada a 20 de Setembro de 1954³⁰³ e reflecte o cariz iminentemente soviético e tem o mérito de consagrar a via da legalidade socialista como a nova via para o processo político. O poder assentava na Assembleia nacional Popular e o seu comité permanente, no presidente da República e Conselho de Estado. O capítulo dedicado aos direitos dos cidadãos consagra, entre outros, o princípio da igualdade, direito de eleger e ser eleito, direito de expressão, imprensa, reunião, associação, manifestação e demonstração, etc.

A Constituição de 1975³⁰⁴ entrou definitivamente em ruptura com o modelo soviético, consagrando as concepções de Mao relativamente às leis fundamentais, a defesa da revolução permanente sob a ditadura do proletariado bem como os princípios da revolução cultural e, no art.º 12.º, a vigência do princípio da “*ditadura totalitária*” sobre todos os domínios. Em sede de direitos dos cidadãos é de salientar o art.º 26.º, primeiro parágrafo que consagra o mais fundamental de todos os direitos e deveres: “*O direito e o dever fundamental de todo o*

³⁰² ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - China's theory and practice on *ne bis in idem*. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P. 865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema “Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*”, realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

³⁰³ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – O processo de transformação socialista e os primeiros projectos para um código penal. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 144 ss.

³⁰⁴ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A situação durante a revolução cultural. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 256 ss.

cidadão é apoiar a direcção do partido comunista, apoiar o regime socialista e conformar-se à constituição e às leis da República Popular da China".³⁰⁵ O art.º 13.º reconhecia ainda as 'Quatro Grandes Liberdades' ou direitos, que não são individuais mas colectivos, como forma de construção do socialismo pelas massas populares. São elas a liberdade de expressão, de exposição de todos os pontos de vista, dos grandes debates e de colocação de 'posters' com grandes caracteres. As liberdades individuais seriam exercidas no estrito limite admitido pela ditadura do proletariado pois as verdadeiras liberdades eram colectivas e definidas pelo partido comunista para o povo.

As principais alterações implementadas na Constituição de 1978 foram: a reinstalação das procuradorias populares; o princípio da subordinação dos tribunais e das procuradorias à lei, embora sem a consagração expressa da sua independência e a consagração dos princípios da publicidade da audiência e da defesa. Esta constituição tentou conciliar concepções maoístas ortodoxas com os princípios da Constituição de 1954, o que se revelou impossível. A Constituição de 1978 assume-se como uma Constituição de transição na medida em que rompe parcialmente com a Constituição maoísta de 1975 e aborda a problemática da criação de um sistema legal, mérito de Deng Xiaoping.

A Constituição de 1982³⁰⁶ espelha a aceitação das posições de Deng Xiaoping, pelo Partido. A nova Constituição caracteriza-se pela abertura ao exterior e modernização, pela consagração, no seu preâmbulo, dos 'Quatro princípios Cardiais'³⁰⁷ ou 'Quatro Modernizações'³⁰⁸ de Deng Xiaoping em 1979 (Via Socialista; Ditadura do Proletariado; Liderança do partido; Marxismo-leninismo e Pensamento de Mao Zedong) com algumas alterações. A Ditadura do proletariado passa a ser designada por ditadura democrática do povo, são eliminadas as referências à revolução permanente e combate-se a ênfase na luta de classes. São impulsionadas quatro modernizações: a construção do sistema legal; a participação de intelectuais na construção do país; sublinha-se a importância da frente patriótica e da conferência consultiva política. Por fim, a Constituição de 1982 alerta para o papel da Constituição como Lei Fundamental do Estado e autoridade suprema que todos os grupos deviam adoptar como elemento padrão. Relativamente à Lei Criminal, o art.º 28.º

³⁰⁵ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A situação durante a revolução cultural. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 257.

³⁰⁶ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – O reforço do sistema legal e o regresso às campanhas. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 328.

³⁰⁷ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 328. ss.

³⁰⁸ CHEN, J. –Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 70.

define como prioridade os crimes de traição e actividade contra-revolucionárias, crimes contra a segurança pública, contra a ordem económica socialista consagrando, ainda, o princípio da necessidade de punição e recuperação dos delinquentes.

Os direitos fundamentais denunciam avanços em comparação com a constituição de 1978. O art.º 33.º consagra o princípio da igualdade perante a lei sem distinção em função da posição social; o art.º 35.º consagra as liberdades fundamentais, eliminando o direito à greve bem como as ‘Quatro Grandes Liberdades’ consagradas na Constituição de 1975 que também já não constavam da Constituição de 1978 (Revisão de 1980). Mantem-se a liberdade de crença religiosa (art.º 36.º) bem como os direitos à liberdade pessoal, inviolabilidade de domicílio e correspondência, honra e dignidade pessoais. O art.º 41.º apresenta a novidade do direito a reparação por violação dos direitos cívicos por parte de órgãos ou funcionários do Estado. A Constituição de 1982 vem ainda definir os diferentes órgãos do Estado clarificando a sua constituição e poderes.

A Revisão Constitucional de 1999³⁰⁹ teve por base o XV.º Congresso do Partido Comunista que consagrou definitivamente, ao nível ideológico, a teoria de Deng Xiaoping, a par com o Marxismo-leninismo e o pensamento de Mao Zedong. O relatório apresentado por Jian Zemin neste congresso defendia que a China ainda se encontra numa fase primária do socialismo que demorará cerca de um século até completar o processo histórico-dialéctico do socialismo e um período ainda mais longo até à sua consolidação. No seu relatório, Jiang Zemin defendeu as seguintes orientações aceites no congresso e que conduziram à alteração dos estatutos do partido; são elas:

“- *Reajustamento e melhoria da estrutura da propriedade, permitindo diversas formas da mesma, detendo embora a propriedade socialista uma posição principal*”;

“- *Adopção de um novo conceito de sector público da economia, nele incluindo a economia mista, desde que o sector público tenha nela uma posição dominante*”;

“- *Reconhecimento do sector não público na economia*”;

“- *Melhoria do sistema legal, no concernente ao regime de propriedade e à protecção dos direitos e interesses legítimos e justa competição entre todos os tipos de empresa*”;

“- *Melhoria da estrutura e modo de remuneração, mantendo como básico o método de distribuição de acordo com o trabalho, mas permitindo a coexistência de outras formas de remuneração*”³¹⁰; etc.

³⁰⁹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A revisão constitucional 1999. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 528.

³¹⁰ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – *Op. cit.*, p. 528.

Foram, ainda, apresentadas propostas não aprovadas visando a consagração da inviolabilidade da propriedade privada e o princípio da presunção de inocência.

A proposta de revisão apresentada pelo vice-presidente da assembleia nacional popular Tian Jiyun a 9 de Março de 1999 incidia sobre os seguintes aspectos, todos eles aprovados sem alterações: “- A alteração ao preâmbulo consagrando a teoria de Deng Xiaoping como doutrina do Estado, reafirmando que o país permanecerá, durante longo período, na fase preliminar do socialismo e manifestando o empenhamento no desenvolvimento da economia de mercado socialista”³¹¹.

A teoria de Deng Xiaoping consiste na constatação de que a contradição fundamental da sociedade chinesa não é a luta de classes, mas o fosso que separa o nível de desenvolvimento das forças produtivas, por um lado, e as necessidades concretas da população, por outro.

“- Consagração do princípio do governo pela lei, na construção de um Estado de direito socialista (art.º 5.º);”

Este ponto denuncia uma reforma ousada na medida em que, pela primeira vez, se menciona o Governo pela Lei, ou seja, o Estado de Direito. Até esta revisão apelava-se à necessidade de construção de um sistema legal mas esta revisão teve o mérito de introduzir o Estado de Direito.

“- Consagração da possibilidade de coexistência de diferentes formas de economia e de remuneração (art.º 6.º);”

“- Consagração do princípio do contrato de responsabilidade, como forma base de exploração das organizações colectivas rurais (art.º 8.º);”

“- Elevação das economias individual e privada ao estatuto de componente importante da economia de mercado socialista, com garantia da protecção do Estado dos direitos e interesses legítimos destas formas de economia (art.º 11.º);”

“- Eliminação da categoria de crimes contra-revolucionários, designação substituída pela de crimes contra a segurança do Estado (art.º 28.º)”³¹².

A eliminação da expressão ‘crimes contra-revolucionários’ parece-nos uma opção estratégica de política internacional revelando, desde logo, uma intenção de abertura ao exterior. De facto, a tipologia de crimes contra-revolucionários suscitava alguns incómodos nomeadamente ao nível de cooperação judiciária internacional. Ao eliminar este tipo de crimes, esta questão ficou ultrapassada³¹³.

³¹¹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A revisão constitucional 1999. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 528-541.

³¹² PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – *Op. cit.*, p. 528-541.

³¹³ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A revisão constitucional 1999. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 528.

A Revisão Constitucional de 2004³¹⁴ foi aprovada em 14 de Março de 2004 após o XVI Congresso do Partido Comunista. Apesar de obedecer ao princípio da estabilidade da constituição alterando o mínimo indispensável, esta foi a maior alteração constitucional se bem que com menor impacto económico. Denota-se uma maior preocupação com a problemática dos direitos humanos e uma necessidade de clarificar e definir expressamente conceitos pré-existentes. Senão, vejamos:

“- O art.º 10.º foi alterado de forma a proporcionar um enquadramento legal mais explícito relativamente à requisição e expropriação da terra, prevendo expressamente o pagamento de indemnização aos seus utilizadores.

- O art.º 11.º prevê uma maior protecção ao sector não público da economia.

- O art.º 13.º passou a consagrar expressamente o direito de indemnização por expropriação ou requisição de propriedade privada.

- O art.º 14.º prevê a criação pelo Estado de um sistema de segurança social compatível com o nível de desenvolvimento económico.

- O art.º 59.º atribui representação às regiões administrativas especiais.

- O art.º 81.º reforça os poderes do presidente da república em matéria de relações externas.

- De salientar o art.º 33.º que em matéria de direitos, passou a impor ao Estado o respeito pelos direitos humanos.³¹⁵

A análise da evolução jurídico-constitucional permite-nos concluir, de forma clara, que o princípio *ne bis in idem* não se encontra consagrado no sistema jurídico-constitucional da R.P.C. enquanto princípio fundamental. Existem, contudo, indícios de que uma revisão constitucional mais arrojada talvez esteja próxima. Exemplo disso são as propostas apresentadas na Revisão Constitucional de 1999, propostas não aprovadas, visando a consagração da inviolabilidade da propriedade privada e o princípio da presunção de inocência. Por outro lado, a revisão do Código Penal de 1997, consagrou no parágrafo segundo do art.º 12.º o respeito pela intangibilidade do princípio do caso julgado. Estes indícios permitem-nos afirmar que o enquadramento legal em matéria de princípios fundamentais tem vindo a ser alvo de debate jurídico-constitucional e jurídico-penal do qual poderá, e arriscamos, resultar numa revisão constitucional e/ou penal que consagre o princípio da presunção de inocência e o princípio *ne bis in idem*, respectivamente.

De facto, o objectivo a longo prazo das autoridades da R.P.C. será o de alcançar uma sociedade socialista harmoniosa pelo ano 2020 mantendo, para tal, a estabilidade, implementando um novo modelo de desenvolvimento compatível com a ordem internacional,

³¹⁴ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 534.

³¹⁵ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A revisão constitucional de 2004. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 534.

melhorar o sistema legal, o funcionamento do Estado de Direito e o respeito pelos direitos e interesses da população. De facto, tem-se vindo a assistir a um retrocesso nas políticas mais rígidas no âmbito penal, denunciando alguma suavização nomeadamente no que se refere à pena de morte. Será, pois, possível perspectivar uma futura revisão penal com maior restrição dos casos em que se aplica a pena de morte bem como a revisão no sentido da melhoria da posição do arguido no processo penal³¹⁶.

³¹⁶ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A revisão constitucional 1999. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 528-541.

1.2.2.3.2. - O Código Penal

O Código Penal da R.P.C. foi aprovado a 1 de Julho de 1979, logo após o restabelecimento das relações diplomáticas sino-portuguesas a 8 de Janeiro do mesmo ano. Este Código Penal foi alvo de uma profunda revisão aprovada a 14 de Março de 1997³¹⁷.

A Lei Penal da R.P.C. de 1997, apesar de não consagrar nem reconhecer explicitamente o *ne bis in idem* como princípio fundamental, tem vindo a adoptá-lo, ainda que de forma restrita, no âmbito das práticas jurisdicionais. Por essa razão, fazemos referência ao art.º 10.º desta Lei que estipula que: “*Aquele que cometer um crime fora do território e águas territoriais chinesas, poderá ainda ser investigado pela sua responsabilidade criminal nos termos desta Lei, mesmo no caso de já ter sido julgado por um tribunal estrangeiro pela prática do mesmo facto; contudo, se já lhe tiver sido aplicada uma pena pelo tribunal estrangeiro, a Lei chinesa pode suspender-lhe ou reduzir-lhe a pena que seria aplicada em território chinês*”.³¹⁸ Assim, se um crime tiver sido apenas julgado por um Estado estrangeiro sem lhe ter sido atribuída uma pena, a aplicação extraterritorial da lei chinesa mantém-se. Aqui, não há dúvida: o *ne bis in idem* fica totalmente afastado. Contudo, se o tribunal estrangeiro já tiver atribuído uma pena ao criminoso, a lei penal chinesa determina que a pena pode ainda ser totalmente afastada ou reduzida em parte³¹⁹. Apesar de quase imperceptível, verifica-se aqui uma influência, ainda que ténue, do princípio *ne bis in idem* na lei processual criminal chinesa relativamente aos crimes cometidos fora do território e águas territoriais chinesas e previamente julgados e condenados por tribunal estrangeiro.

Existem, contudo, outras excepções ao *ne bis in idem* previstas no art.º 204.º da Lei Criminal da R.P.C. que prevê a possibilidade de duplo julgamento nos seguintes casos:

N.º 1 – Existência de provas posteriores ao julgamento que demonstrem, em definitivo, o carácter erróneo da primeira sentença;

N.º 2 - Predomínio de provas insuficientes, inconclusivas ou incongruentes que tenham constituído a base da sentença.

³¹⁷ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Cronologia da China dos séculos XX e XXI. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 557-568.

³¹⁸ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

³¹⁹ CHEN, J. – Criminal Law; General Principles. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P.182.

N.º 3 - Nos casos de aplicação incorrecta da Lei³²⁰.

N.º 4 – Casos de conduta corrupta dos juízes.

Por outro lado, e retomando o que anteriormente vimos, a questão da retroactividade da Lei Penal na revisão de 1997 reafirma o afastamento da retroactividade, ou seja, aos crimes cometidos antes da revisão do C.P. é-lhes aplicado o C.P. na versão anterior. Contudo, se a lei nova desqualificar uma determinada conduta como crime ou atribuir uma pena mais leve, então, a estes casos aplica-se a lei nova. Vigora, pois, o princípio da aplicação da lei penal posterior mais favorável³²¹.

A possibilidade de duplo julgamento acarreta algumas desvantagens, nomeadamente, a falência da segurança jurídica e garantia dos particulares relativamente ao caso julgado.

Em suma, a R.P.C. está longe de atingir a perfeição do *ne bis in idem* quer ao nível legislativo, processual ou doutrinário, muito se ficando a dever aos esforços de alguma doutrina em banir, por completo, os resquícios deste princípio do panorama legal chinês.

³²⁰ Ex.: Li Wei e Wang Xin vs. Estado – condenados, inicialmente, a pena de morte por crime de furto, pela sentença do tribunal supremo (19 Set. 1997), foram ilibados por via da correcção da sentença decorrente da alteração legislativa de Outubro de 1997 que passou a condenar estes crimes com pena de prisão perpétua; a pena de morte ficou reservada a crimes de roubo graves; ex: bancos, artefactos históricos, em ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – Exceptions to the Principle of *ne bis in idem* under Chinese Criminal Procedure Law. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.871ss.

³²¹ CHEN, J. – Criminal Law; Crime and Punishment. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P.183.

1.2.2.3.3. - O Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal da R.P.C. foi aprovado, tal como o Código Penal, a 1 de Julho de 1979. Este Código de Processo Penal foi também alvo de uma revisão aprovada a 17 de Março de 1996³²².

O C.P.P. de 1979, apesar de tencionar ser exaustivo e exacto, revelou ser o contrário. De facto, as suas previsões legais eram curtas, vagas e, não raras vezes, ambíguas. As suas falhas, tanto ao nível teórico como prático, cedo se tornaram visíveis e, assim, alvo de críticas severas, particularmente por parte das organizações ocidentais de direitos humanos. No essencial, muitos dos princípios basilares do processo penal eram grande ausentes neste código, como foi o caso do princípio da presunção de inocência, do *ne bis in idem*, da independência do juízes e do direito a apoio jurídico. Em suma, o C.P.P. de 1979 não preenchia, de todo, os requisitos mínimos necessários à administração da justiça plasmados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966). Em suma, o C.P.P. de 1979 teve o mérito de fornecer os procedimentos base do processo penal completamente inexistentes durante os primeiros 30 anos da R.P.C. Contudo, o C.P.P. de 1979 continha inúmeras falhas e violava claramente os padrões internacionais de um processo judicial justo. Por outro lado, as próprias autoridades, aproveitando-se das ambiguidades do C.P.P., simplesmente ignoravam as protecções legais previstas formalmente no C.P.P. ou contornavam-nas utilizando métodos sancionatórios administrativos aparentemente ‘não-penais’³²³. Na verdade, o C.P.P. 1979 foi fruto de um condicionalismo histórico particular da R.P.C. Após a sua promulgação, sucederam-se inúmeras alterações no panorama jurídico que realçaram ainda mais as suas falhas. Exemplo claro disto, foi a promulgação da Constituição de 1982 que introduzir princípios gerais de administração da justiça, inexistentes ao tempo de elaboração do C.P.P. de 1979. Por outro lado, a promulgação do C.P.P. 1979 coincidiu com o restabelecimento das instituições judiciárias, nomeadamente, os órgãos de segurança pública, os procuradores e os tribunais, que tinham sido erradicados na pendência da Revolução Cultural (1966-1976). No final da década de 70 do séc. XX, os estudos e investigação legal foram retomados tal como os

³²² PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Cronologia da China dos séculos XX e XXI. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 557-568.

³²³ CHEN, J. – Criminal Procedure Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 197-217.

debates sobre os princípios do processo penal. A aplicabilidade destes princípios na R.P.C. foi na altura, e talvez ainda hoje, uma questão fortemente debatida e ainda por resolver³²⁴.

Produto da implementação da investigação jurídica, das políticas de abertura ao exterior e das consequentes influências estrangeiras, os doutrinários chineses cedo reconheceram as falhas no seu sistema legal e iniciaram uma série de debates no sentido de incluir no C.P.P. chinês vários princípios processuais penais presentes nos sistemas jurídico-penais ocidentais. Assim, a necessidade de revisão do C.P.P. de 1979 cedo se tornou um tema de discussão nos meios académicos e oficiais. O primeiro fórum formal para discutir a revisão do C.P.P. de 1979 ocorreu em Beijing, em Janeiro de 1991, organizado pelo Comité de Assuntos Legais. Em Setembro de 1993, o director do referido Comité, Gu Angran, anunciou formalmente a revisão do C.P.P.. Os trabalhos de elaboração do projecto de revisão do C.P.P. foram conduzidos por Chen Guangzhong e seus alunos da Universidade Chinesa de Lei e Ciência Política. Em Outubro de 1995 o Comité de Assuntos Legais elaborou um documento que tratava as principais questões relacionadas com a revisão do C.P.P.. Pode afirmar-se que o C.P.P. de 1996 resultou da conjugação de esforços dos académicos com os legisladores. No aspecto formal, a revisão do C.P.P. de 1996 levou à revisão de 70 dos 164 artigos de 1979, à revogação de 2 artigos e integração de 63 novos artigos, tendo como objectivo tornar o C.P.P. um código mais preciso e completo. Contudo, a importância desta revisão reside, principalmente, nas alterações implementadas no aspecto material. De facto, esta revisão introduziu pela primeira vez alguns dos princípios fundamentais de processo penal. Vejamos, pois, alguns exemplos:

- O C.P.P. 96 dividiu o processo penal em 4 fases: pré-julgamento (que se subdivide em: notícia do crime, investigação e acusação), julgamento, recurso e execução;
- O debate sobre a inclusão do princípio da presunção de inocência;
- A introdução do direito a apoio judiciário;
- Independência e imparcialidade do juiz em audiência de julgamento;

Destacamos o princípio da presunção de inocência e inexistência do *ne bis in idem* no C.P.P. de 1996.

A presunção de inocência na *Chinese Encyclopedia*³²⁵ é definida como “um dos princípios de direito processual penal em alguns países burgueses, que significa que um

³²⁴ CHEN, J. – Criminal Procedure Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 197-217.

³²⁵ *Chinese Encyclopedia – Law*, apud CHEN, J. – Criminal Procedure Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 206.

arguido deve ser considerado inocente até ao momento em que é considerado culpado, nos termos da lei”. De acordo com a *Chinese Encyclopedia*, o princípio da presunção de inocência foi produto da burguesia nos momentos de revolta contra o poder feudal que defendia o princípio da presunção de culpa, desempenhando um papel positivo e progressista na luta contra o feudalismo autocrático³²⁶ desempenhando um importante papel na evolução social. Para Chen³²⁷, gera-se uma aparente ambiguidade: como princípio burguês, a presunção de inocência deveria ser afastada pelo sistema legal socialista; todavia, os aspectos positivos e progressistas deste princípio poderiam ainda ser aproveitados pelo sistema legal socialista. Esta ambiguidade foi geradora de debates nas décadas de 1950 e 1980. De facto, se por um lado a maioria da doutrina chinesa assumiu que o princípio da presunção de culpa constitui uma prática criminal feudal, por outro lado também conseguiram localizar muitas previsões legais de codificações ancestrais que sustentam a ideia de que alguns elementos da presunção de inocência, nomeadamente a necessidade de prova e tratamento brando em casos de dúvida, já existiam na China tradicional³²⁸. Todavia, como princípio processual penal, a presunção de inocência foi codificada pela primeira vez apenas no Código de Processo Penal do Quomindang (1935) que foi abolido em 1949 com a fundação da R.P.C. e continuou afastado do C.P.P. de 1979. Contudo, os debates em torno desta questão levaram à criação pela doutrina de uma solução de compromisso no art.º 7.º da Decisão relativa à Revisão do Código de Processo Penal. Esta solução de compromisso, posteriormente adoptada pelo C.P.P. de 1996 no seu art.º 12.º, previa que:

- 1) Ninguém seria considerado culpado até um tribunal o declarar como culpado;
- 2) Quando não se conseguisse provar a culpa, o arguido deveria ser tratado como inocente;
- 3) Em caso de dúvida, a interpretação legal deveria ser feita em benefício do acusado³²⁹.

O art.º 12.º do C.P.P. da R.P.C. da revisão de 1996 dispõe explicitamente que: “Nenhuma pessoa deverá ser presumivelmente culpada a menos que o Tribunal do Povo assim o declare, de acordo com a lei”.³³⁰

³²⁶ *Chinese Encyclopedia – Law*, apud CHEN, J. – *Op.cit.* P. 206.

³²⁷ CHEN, J. – Criminal Procedure Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 206-207.

³²⁸ NING, Hanling – On the Presumption of Innocence. *Enquiring into Legal Theories* 法学摊位 *Faxue Tanwei*. Chongqing: Chongqing Press, 1986, at 99, apud CHEN, J., *Op.cit.*, p. 207, nota 58.

³²⁹ CHEN, J. – Criminal Procedure Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. p. 206-208.

Não obstante, a solução de compromisso continua a ser alvo de controvérsia, sendo de crer que a próxima revisão constitucional venha a consagrar o princípio da presunção de inocência do arguido e mesmo o princípio *ne bis in idem* (o grande ausente da revisão do C.P.P. de 1996), sendo até possível que uma próxima revisão do processo penal antecipe tais medidas³³¹. Na verdade, o art.º 15.º do C.P.P. da R.P.C. na sua revisão de 1996 prevê exaustiva e pontualmente quais os casos em que não é permitida a investigação de responsabilidade criminal. O elenco destas situações não excepciona duplo julgamento pela prática do mesmo facto, deixando em aberto a possibilidade de reabertura da investigação criminal (e bem assim, de todo o processo penal *ab initio*) de factos já transitados em julgado. Dispõe assim o art.º 15.º do C.P.P. da R.P.C. na sua revisão de 1996:

“Em nenhuma das seguintes circunstâncias poderá ser averiguada a responsabilidade criminal; nos casos em que a investigação criminal já tiver sido iniciada, o processo deverá ser arquivado ou a acusação não deverá ter início ou o julgamento deverá ser anulado ou deverá ser declarada a inocência:

- (1) Se o facto é claramente de gravidade reduzida, causando nenhum prejuízo sério, e, por conseguinte, não é considerado crime;*
- (2) Se o prazo para o procedimento criminal expirou;*
- (3) Se foi concedida uma isenção de pena por decreto especial de amnistia;*
- (4) Se o procedimento for dependente de queixa nos termos da Lei Penal mas não tiver existido queixa ou se a queixa foi retirada;*
- (5) Se o arguido morreu;*
- (6) Se outras leis prevêem uma isenção da investigação da responsabilidade criminal;”*³³²

De facto, a moderação das políticas rígidas do sistema penal, as revisões penais e processuais penais da década de 90 do séc. XX, a abertura às influências externas por força da internacionalização do mercado chinês e os estudos desenvolvidos no sentido de uma nova reforma do sistema penal, denunciam uma progressiva melhoria da posição do arguido. Devemos, a este propósito, sublinhar o contributo das políticas de Deng Xiaoping que supriu as carências legislativas que se faziam sentir desde a fundação da R.P.C., fazendo aprovar um acerco legislativo que, apesar de espelhar as políticas do partido, teve o mérito de atribuir previsibilidade e confiança aos cidadãos e investidores, lançando as bases da modernização do direito na China a par da construção económica e de um Estado de Direito.

³³⁰ ZHOU, Zhen Xiong – General provisions. In *The Criminal Procedure Law of the People Republic of China*. Chicago: Office of International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, 1998. ISBN 0-942511-81-6. P. 3-4.

³³¹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Da terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 554-556.

³³² ZHOU, Zhen Xiong – General provisions. In *The Criminal Procedure Law of the People Republic of China*. Chicago: Office of International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, 1998. ISBN 0-942511-81-6. P. 3-4.

1.3. – Fundamentos para o diferente entendimento do princípio *ne bis in idem* nos quadros jurídico-criminais português e chinês

Terminada a exposição sobre a evolução histórica, cultural, política e jurídica dos ordenamentos jurídicos da R.P.C. e de Portugal, e começando a introduzir desde já o estudo comparado propriamente dito, procuramos agora os fundamentos que podem justificar o diferente enquadramento e entendimento do princípio *ne bis in idem* em cada ordenamento jurídico-criminal, começando pelo sistema português seguido do sistema da R.P.C..

1.3.1. - Introdução

Procurar os fundamentos para o diferente entendimento do *ne bis in idem* no sistema português e chinês reduz-se, em última análise (e afastando, por agora, os condicionalismos históricos e culturais), a uma macro-comparação de sistemas ou famílias de direitos. No entender de João de Castro Mendes³³³, a macro-comparação é a “tarefa de comparar entre si ordens jurídicas diferentes.” Na verdade, defendemos que a *ultima ratio* para o diferente entendimento do *ne bis in idem* nas ordens jurídico-criminais portuguesa e chinesa radica no facto de uma e outra pertencerem a sistemas ou famílias de direitos distintos, cuja Génese, Estrutura e Fontes são claramente distintas. Assim, o ordenamento jurídico português pertence à família de direitos romano-germânicos enquanto o ordenamento jurídico chinês pertence à família de direitos socialistas. Tal divergência de base parece-nos a fonte primordial de uma diferente abordagem, interpretação e recepção do princípio *ne bis in idem* em cada um dos sistemas jurídico-criminais; divergência essa que poderá vir a ser ultrapassada por força da influência das políticas de abertura ao Ocidente da R.P.C. e do esforço desenvolvido pela doutrina e legislador da R.P.C. no sentido do aperfeiçoamento do sistema e instituições jurídico-penais e constitucionais. Faremos agora uma breve abordagem a cada uma das famílias de direitos, focando a sua Génese, Estrutura e Fontes.

³³³ MENDES, João de Castro – Famílias de Direitos. In *Direito Comparado Revisto e Actualizado*. Lisboa: A.A.F.D.L., 1982-1983. ISBN 0000104507. P. 127-153.

1.3.2. – Direito português

O Direito português, enquanto membro da família romano-germânica de direitos³³⁴ tem na sua Génese a recepção do direito romano e do direito germânico.

A Recepção do direito romano foi de dois tipos: a inicial, derivada da conquista romana; a técnica, pela aceitação do *Corpus Juris Civilis*. As causas justificativas da recepção do direito romano nos países europeus foram essencialmente as seguintes: a necessidade de ordens jurídicas que se imponham às decisões arbitrárias e à lei do mais forte; a insuficiência de ordens jurídicas pré-existentes; o prestígio da tradição da ordem jurídica romana; o desenvolvimento de estudos do Direito romano em Bolonha por Irnério (séc. XI-XII) onde se difundiu a ideia que o Direito Romano é o Direito que deve ser, ou seja o direito naturalmente adequado à regulamentação da maioria das relações sociais. Estes ensinamentos chegaram a Portugal também pelas mãos de João das Regras, discípulo no centro de estudos de direito em Bolonha (séc. XIV).

A Recepção do direito germânico no território português resultou das invasões das tribos germânicas, nomeadamente vândalos, suevos, alanos e visigodos cujos códigos, em particular o Código Visigótico de 654, prevaleceu até à data de 1786 conforme consta das Ordenações Afonsinas: “Quando logo Portugal se desmembrou do Reino de Leão, e se erigiu em Monarquia própria, é constante terem nossos Maiores, que vieram a constituir o novo Império, continuando a governar-se pelas leis do Código Visigótico, que era então a legislação geral de todas as Espanhas.”³³⁵

Já quanto à sua Estrutura, os direitos romano-germânicos caracterizam-se pela generalização, ou seja, o recurso a normas gerais e abstractas e princípios gerais como forma de regulamentar as relações sociais. Os tribunais continentais, na resolução de conflitos, lançam mão da dedução, procurando normas gerais e abstractas onde se subsuma o caso concreto.

Quanto às Fontes de Direito, distinguem-se tradicionalmente quatro tipos de fontes de direito: Lei e o Costume (modos de formação, criação e constituição das normas jurídicas. São fontes directas e imediatas) e a Jurisprudência e a Doutrina (modos de revelação, fontes indirectas ou mediatas), sendo que a fonte de direito principal é a Lei, dando-se prioridade à codificação³³⁶.

³³⁴ MENDES, João de Castro – Família dos Direitos romano-germânicos. In *Direito Comparado Revisto e Actualizado*. Lisboa: A.A.F.D.L., 1982-1983. ISBN 0000104507. P.239-270.

³³⁵ BARROS, Gama *apud* MENDES, João de Castro – Família dos Direitos romano-germânicos. In *Direito Comparado Revisto e Actualizado*. Lisboa: A.A.F.D.L., 1982-1983. ISBN 0000104507. P. 254-255.

³³⁶ MENDES, João de Castro – Família dos Direitos romano-germânicos. In *Direito Comparado Revisto e Actualizado*. Lisboa: A.A.F.D.L., 1982-1983. ISBN 0000104507. P. 239-270.

1.3.3. – Direito chinês

O Direito chinês, enquanto membro da família de direitos socialistas³³⁷, tem na sua Génese a Revolução Russa de 1917.

A família dos direitos socialistas teve início após a Revolução Russa de 1917 que deu origem à União Soviética. Esta família de direitos alargou-se a outras regiões do mundo principalmente após o fim da II Guerra Mundial. Até 1917, a ordem jurídica da Rússia conheceu uma evolução especial que não a integrava na família romano-germânica de direitos, caracterizando-se por ser um regime monárquico czarista que terminou em 1917 com a fundação da União Soviética, um regime republicano de base socialista e marxista-leninista.

A Estrutura dos direitos socialistas alicerça-se na ideologia marxista-leninista e maoísta, no caso da R.P.C.

O marxismo-leninismo é, nos países desta família de direitos, uma doutrina oficial exclusivista cujos aspectos fundamentais podem subsumir-se ao seguinte:

a) No plano filosófico, o materialismo dialéctico de Marx e Engels constitui o plano de integração do marxismo-leninismo e traduz-se numa progressão do pensamento e da realidade através da oposição de tese e antítese e a sua fusão em síntese (síntese que toma posição de tese, a que se oporá antítese de novo, e assim sucessivamente até alcançar o comunismo entendido como o culminar do ciclo evolutivo em que toda a propriedade privada ou cooperativa seria abolida e substituída pela propriedade comum de todos os meios de produção, geridos pelo Estado em nome de todos e para todos³³⁸).

b) No plano económico, o materialismo projecta-se numa sobrevalorização da economia política e em especial da organização dos meios de produção que devem ser colectivizados tendo em vista o objectivo último, o comunismo.

c) No plano social, a dinâmica da luta de classes entre a classe operária e a burguesia, conduziria ao estágio último e ideal, *i.e.*, uma sociedade sem classes.

d) No plano jurídico, à sobrevalorização da economia corresponde a subvalorização do direito. O direito é visto como uma super-estrutura comandada pela classe que se apresentar como classe dominante a cada momento. Nos países da família socialista de direitos, os trabalhadores detêm o direito como instrumento de realização da sociedade socialista perfeita.

³³⁷ MENDES, João de Castro – Família dos Direitos Socialistas. In *Direito Comparado Revisto e Actualizado*. Lisboa: A.A.F.D.L., 1982-1983. ISBN 0000104507. P.271-298.

³³⁸ PINTO, Ana Lúcia [et al.] – A Expansão do Socialismo Revolucionário. In *Temas de História 12 – 1.º Vol.*. Porto: Porto Editora, 1999. ISBN 972-0-41214-3. P.196-209.

O Maoísmo é, na sua essência, um regime marxista-leninista instaurado na China por Mao Zedong e que se diferencia pelo seu carácter rural (camponês) e pela Revolução Cultural, *i.e.*, uma tentativa radical de passagem excessivamente rápida à fase comunista do socialismo, quando comparada com a revolução Russa de 1927³³⁹. De facto, o marxismo-leninismo ortodoxo da Rússia assentava essencialmente na ditadura do proletariado e no poder da classe operária e, apesar de o campesinato ter sido o maior estrato social no momento da revolução, o Partido Comunista da União Soviética manteve o campesinato numa posição subordinada. Contudo, na China, devido ao peso esmagador do campesinato, o Comunismo apenas vingou quando o P.C.C. inverteu a teoria marxista-leninista ortodoxa, substituindo a ditadura do proletariado pelo campesinato³⁴⁰. Foi neste sentido que se procedeu à transformação das aldeias em unidades de gestão colectiva após a colectivização das grandes propriedades rurais³⁴¹. Assim, a China de Mao (maoísmo), procurava conquistar a confiança dos camponeses instituindo o que Mao apelidou de República da Nova Democracia em que a ditadura seria exercida pela união de todos os elementos anti-imperialistas e anti-feudais. A República da Nova Democracia seria uma terceira forma de República que, entender de Mao, não se identificava nem com a república capitalista de tipo europeu, onde se exerce a ditadura da burguesia, nem com a república socialista, onde se exerce a ditadura do proletariado, com a da União Soviética. A República da Nova Democracia seria pois uma terceira forma de República indispensável e insubstituível para a transição de paradigma, adaptada a países coloniais ou semicoloniais³⁴². Por um lado, o que levou à vitória do P.C.C. no período após a guerra sino-japonesa foi a parca intervenção do P.C.C. na guerra, em que interveio apenas a nível local, de guerrilhas, reservando forças militares para a verdadeira luta, ou seja, a luta entre nacionalistas do Quomintang e comunistas. Por outro lado, o verdadeiro sucesso do P.C.C. nas décadas de 1950 e 1960 ficou a dever-se à combinação do binómio de terror e paternalismo empregue de forma deliberada³⁴³. Na verdade, o Estado concedia apoio material a quem colaborava com os novos governantes, punindo impiedosamente os opositores, através de mostras das actividades contra-revolucionárias em que os acusados dos crimes

³³⁹ PINTO, Ana Lúcia [*et al.*] – A República Popular da China. In *Temas de História 12 – 2.º Vol.*. Porto: Porto Editora, 1999. ISBN 972-0-41215-1. P. 146-149.

³⁴⁰ BROWN, Archie – Os Comunistas Assumem o Poder na China. *Ascensão e Queda do Comunismo*. Lisboa: Dom Quixote, 2010. ISBN 978-972-20-4363-2. P. 217-233.

³⁴¹ PINTO, Ana Lúcia [*et al.*] – A República Popular da China. In *Temas de História 12 – 2.º Vol.*. Porto: Porto Editora, 1999. ISBN 972-0-41215-1. P. 146.

³⁴² MAO, Zedong - *Discurso: A Nova Democracia*. apud PINTO, Ana Lúcia [*et al.*] – A República Popular da China. In *Temas de História 12 – 2.º Vol.*. Porto: Porto Editora, 1999. ISBN 972-0-41215-1, p. 147, doc. 42.

³⁴³ BROWN, Archie – Os Comunistas Assumem o Poder na China. *Ascensão e Queda do Comunismo*. Lisboa: Dom Quixote, 2010. ISBN 978-972-20-4363-2. P. 217-233.

contra-revolucionários se penitenciavam e exprimiam a sua gratidão para com as autoridades por lhes terem revelado o erro das suas atitudes³⁴⁴.

Quanto às Fontes³⁴⁵ da família socialista de direitos, os países socialistas reconhecem o princípio geral da legalidade socialista. Na R.P.C., a legalidade socialista remete-se à diversa legislação avulsa dos primeiros anos da R.P.C. integrada pelo valor jurídico supremo da ditadura democrática do povo e complementada pelas políticas do Partido Comunista Chinês até ao impulso codificador³⁴⁶ a partir da década de 70³⁴⁷.

Por outro lado, os condicionalismos históricos e culturais explicam em grande medida os diferentes entendimentos do princípio *ne bis in idem* no quadro jurídico-criminal chinês e português. As características da lei numa determinada sociedade e num determinado momento histórico reflectem não apenas o ambiente vivido nesse exacto momento mas também toda a herança cultural daquela sociedade, ainda que a influência da cultura e tradição na lei ser, não raras vezes, silenciosa, implícita e mesmo inconsciente. De facto, o fundamento para o diferente entendimento do *ne bis in idem* na R.P.C. reside nas tradições jurídicas da China.

Sem pretender uma exposição exaustiva sobre a herança da história e cultura chinesas na tradição jurídica da R.P.C., destacamos tão-só as características fundamentais que, *lato sensu*, fundamentam o diferente entendimento do *ne bis in idem* na actual R.P.C.³⁴⁸

³⁴⁴ STRAUSS, *apud*, BROWN, Archie - Os Comunistas Assumem o Poder na China. *Ascensão e Queda do Comunismo*. Lisboa: Dom Quixote, 2010. ISBN 978-972-20-4363-2. P. 231, nota 49.

³⁴⁵ MENDES, João de Castro – Família dos Direitos romano-germânicos. In *Direito Comparado Revisto e Atualizado*. Lisboa: A.A.F.D.L., 1982-1983. ISBN 0000104507.P. 239-270.

³⁴⁶ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei penal nas bases e nas zonas libertadas. Sua influência após a fundação da República Popular da China. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 79.

³⁴⁷ CHEN, J. – Legal Culture, State Orthodoxy and the Modernisation of Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 3-19.

³⁴⁸ CHEN, J. – Legal Culture, State Orthodoxy and the Modernisation of Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 3-19.

1.3.3.1. – Metodologia de análise histórica³⁴⁹

Devemos atender a duas dificuldades essenciais na metodologia de análise histórica. Por um lado, o investigador, ao analisar a História, tem de tomar em consideração que as noções, conceitos e termos estão historicamente situados. Assim, se o investigador aplicar conceitos contemporâneos, sem atender à visão historicamente localizada do período histórico objecto de análise, as suas conclusões serão imprecisas por se situar na perspectiva actual. Deverá, pois, fazer o esforço do distanciamento do pensamento contemporâneo, de forma a melhor captar o espírito e entendimento de cada época.

Por outro lado, ao analisar a história da China, o investigador deverá resistir à tentação imediata de utilizar as noções, conceitos e termos da História ocidental e transpô-los, sem mais, para a realidade histórica da China, como se de uma mera colagem se tratasse. Tal metodologia conduziria a interpretações imprecisas e mesmo erróneas. Ainda mais óbvia será a imprecisão se tentarmos aplicar conceitos e noções liberais contemporâneas ocidentais da lei e da justiça um sistema jurídico tradicional que precede a própria tradição liberal ocidental, *i.e.*, o sistema jurídico chinês. Um sistema jurídico deve ser analisado no condicionalismo do seu contexto histórico e cultural. Seria incorrecto aplicar conceitos e assunções de uma determinada cultura jurídica historicamente situada para avaliar do progresso de uma cultura jurídica histórica, cultural e geograficamente diferente. Em suma, a percepção dos fundamentos para os diferentes entendimentos do princípio *ne bis in idem* no quadro jurídico-criminal chinês e português obriga a um esforço de distanciamento face às noções que comumente utilizamos na análise de realidades jurídicas ocidentais³⁵⁰.

³⁴⁹ CHEN, J. – Legal Culture, State Orthodoxy and the Modernisation of Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 3-19.

³⁵⁰ CHEN, J., *Op.cit.*, p. 3-19.

1.3.3.2. – Sociedade tradicional e cultura jurídica³⁵¹

Ao estudar uma tradição e civilização milenares, corremos o risco de sobre-generalização e sobre-simplificação. No caso específico da China, a tradição e cultura jurídica são muitas vezes descritas como sendo Confucionistas. Contudo, o Confucionismo e, em específico, os ensinamentos dos *Analectos*, têm sido alvo das mais diversas interpretações ao longo dos tempos, o que dificulta ainda mais a tarefa de caracterização da cultura jurídica. O que se pode afirmar, com algum grau de certeza, é o domínio do confucionismo (pelo menos, a designação), como ideologia estatal desde a dinastia Han (206 d. C.). Também parece correcto afirmar que os ensinamentos confucionistas foram assimilados pelos Códigos chineses tradicionais, herdados de uma dinastia para outra, embora complementados e revistos por cada dinastia. Isto sugere, pois, que certas premissas são comuns a várias escolas de filosofia confucionista. Por esta razão, é correcto utilizar o termo confucionismo na descrição das características, atitudes e conceitos fundamentais da cultura jurídica chinesa. Contudo, devemos olhar o confucionismo como uma estrutura multi-dimensional e um processo de mudança e transformação criativa e periódica que conhece fases de inovação e fases de renovação³⁵².

³⁵¹ CHEN, J. – Legal Culture, State Orthodoxy and the Modernisation of Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 3-19.

³⁵² CHEN, J. , *Op.cit.*, p. 3-19.

1.3.3.3. – Enquadramento filosófico³⁵³

Todos os sistemas legais alicerçam-se num qualquer fundamento filosófico. Todavia, os fundamentos filosóficos, embora podendo vir a ser incorporados em Códigos Jurídicos, geralmente representam apenas uma ordem ideal mais do que uma estipulação prática. Isto é particularmente real no que se refere ao confucionismo na China. De facto, a assimilação de alguns ensinamentos confucionistas pela lei tinha um propósito simbólico mais do que um fim prático, pelo menos até ao momento em que se esgotem os métodos excessivamente punitivos de resolução de querelas previstos pela lei positiva do Estado. De todo o modo, a função dos ensinamentos confucionistas, em especial os do Confucionismo na tradição da filosofia chinesa, não será tanto a de expansão do conhecimento em sentido estrito, mas a função de elevação da mente – tentando alcançar a realidade que subsiste para lá do mundo actual e os valores mais elevados do que aqueles que são praticados. Esta função de elevação da mente do Confucionismo explica a inexistência de discussões específicas sobre as noções de justiça, direitos, princípios, etc. Explica também o facto de as filosofias chinesas estão, frequentemente, desligadas da realidade e monopolizadas por certas elites sociais. De facto, assim que uma determinada filosofia era adoptada pelo governo imperial tornava-se imediatamente na ortodoxia do Estado sendo, frequentemente, manipulada, distorcida e, por vezes, desrespeitada pelas elites governantes de forma a servir os seus próprios fins políticos.

Concluímos, pois, que a filosofia tradicional chinesa distingue-se em grande medida da ideologia estatal aplicada na prática.

³⁵³ CHEN, J. – Legal Culture, State Orthodoxy and the Modernisation of Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 3-19.

CAPÍTULO II

Estudo comparado do princípio *ne bis in idem* na esfera jurídico-criminal

- Soluções adoptadas

Aferir da aplicação do princípio *ne bis in idem* a cidadãos chineses e portugueses implica, num primeiro momento, determinar o que pode ou não considerar-se território nacional para efeitos da aplicação da lei chinesa e portuguesa e, num segundo momento, verificar quem pode ser cidadão chinês e português.

Para este efeito, pareceu-nos de não somenos importância incidir numa reflexão micro-comparativa sobre a Lei da nacionalidade de ambos os Estados introduzindo, no Anexo V, um quadro micro-comparativo da Lei da Nacionalidade em vigor em cada País.

2.1. – Aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* – O caso português

Pelo presente capítulo pretendemos a análise do modo como se aplica o *ne bis in idem* no ordenamento jurídico-penal e processual penal português, as restrições à sua aplicação, terminando pelo estudo da Lei da Nacionalidade Portuguesa e sua observância do princípio da reciprocidade e equiparação contrapondo-a à Lei da Nacionalidade da R.P.C., caracterizada pela proibição de dupla nacionalidade e inobservância dos princípios da reciprocidade e equiparação relativamente à Lei da Nacionalidade Portuguesa.

2.1.1. – Cidadãos Nacionais

No presente capítulo procederemos a uma análise sistemática, isolando a aplicação do princípio *ne bis in idem* apenas aos factos cometidos por cidadãos portugueses quer seja em território nacional ou fora do território nacional, distinguindo a aplicação do princípio *ne bis in idem* no âmbito territorial do âmbito subjectivo.

2.1.1.1. - Aplicação do *ne bis in idem* no âmbito territorial e subjectivo

A sistemática do estudo da aplicação do *ne bis in idem* no âmbito territorial e subjectivo inicia-se pela análise do princípio da territorialidade e a sua aplicação aos factos praticados fora do território português tendo em conta o tipo de crime cometido por portugueses quer se tratem de pessoas singulares ou colectivas.

2.1.1.1.1. – Princípio da territorialidade

O art.º 4.º, al. a) e b) do C.P., consagram o princípio geral da aplicação da lei penal no espaço, estatuidando que *“Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados: a) Em território português, seja qual for a nacionalidade do agente; ou b) A bordo de navios ou aeronaves portuguesas”*.

No entender de Pinto de Albuquerque³⁵⁴, a aplicação espacial da lei penal portuguesa encontra-se enformada pelo princípio da territorialidade que determina que *“o Estado aplica o direito penal a todos os factos juridicamente relevantes cometidos no seu território, independentemente da nacionalidade do agente”*.

Necessário é, desde logo, esclarecer o conceito de *“território Português”* e o que pode ser incluído na sua esfera. O conceito de território Português fica, desde logo, delimitado pela C.R.P., no seu art.º 5.º, n.º 1, 2 e 3 visto que se trata de um conceito extra-penal. Assim, território Português, nos termos do n.º 1, *“abrange o território historicamente definido no continente europeu e os arquipélagos dos Açores e da Madeira.”* Já no n.º 2.º, remete-se para a lei a competência para definir *“a extensão e o limite das águas territoriais, a zona económica exclusiva e os direitos de Portugal aos fundos marinhos contíguos”*.³⁵⁵

Deve, pois, atender-se à al. b) do art.º 4.º do C.P., que prevê que a extensão do território português abrange os factos ocorridos *“a bordo de navios ou aeronaves portuguesas”*, plasmando, desta forma, o princípio do pavilhão. Importa, pois, distinguir as divergentes soluções encontradas pela doutrina relativamente à aplicação da lei penal portuguesa a factos cometidos em espaço marítimo e aéreo estrangeiro e internacional.

Para Taipa de Carvalho³⁵⁶, os factos praticados em espaço marítimo ou aéreo estrangeiro ou em portos ou aeroportos estrangeiros, ficam submetidos ao princípio do pavilhão e, assim, submetidos à lei penal portuguesa. E, pela observância da reciprocidade, também deve considerar-se aplicável a lei penal estrangeira quando o crime cometido a bordo de navio ou aeronave pertencente a esse Estado estrangeiro fosse cometido quando esse navio ou aeronave se encontrasse em águas ou espaço aéreos portugueses. Contudo, refere o autor, o que se pretende fundamentalmente é evitar a impunidade resultante de um conflito negativo

³⁵⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Art.º 4.º, Anotação 1-8. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 55-56.

³⁵⁵ *Lei Constitucional n.º 1/2005*, de 12 de Agosto.

³⁵⁶ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P.257-268.

de competências que corresponderia, na prática, a um espaço onde nenhum dos direitos seria aplicável.

Já Eduardo Correia³⁵⁷, Faria Costa³⁵⁸, Figueiredo Dias³⁵⁹ e Pinto de Albuquerque³⁶⁰ considera que o Estado pune todos os factos juridicamente relevantes cometidos a bordo de navios e aeronaves Portugueses, desde que sejam praticados em espaço marítimo ou aéreo internacional ou em portos ou aeroportos internacionais. Para estes autores, os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves Portugueses em espaço marítimo ou aéreo estrangeiro são considerados como tendo sido praticados no estrangeiro. Existe, assim, um conflito positivo de competências e a lei Portuguesa só deverá ser aplicável se os crimes não forem julgados no país da prática do facto.³⁶¹

Quanto à interpretação dos art.º 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 254/2003, de 18 de Outubro, para Faria Costa³⁶², Figueiredo Dias³⁶³ e Pinto de Albuquerque³⁶⁴ serão da competência da lei penal portuguesa os crimes cometidos por “*passageiros desordeiros*”, “*a bordo de aeronave alugada, com ou sem tripulação, a um operador que tenha sede em território português*”; “*ou cometidos a bordo de aeronave civil registada noutro Estado, em voo comercial fora do espaço aéreo nacional, se o local de aterragem seguinte for em território português e o comandante da aeronave entregar o presumível infractor às autoridades portuguesas competentes*”³⁶⁵.

Corridos os requisitos do art.º 4.º do C.P. bem como os princípios da territorialidade e pavilhão nele plasmados, resta verificar a competência da lei penal Portuguesa fora do

³⁵⁷ CORREIA, Eduardo – 39. A aplicação no espaço da lei criminal portuguesa. In *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-0123-7. P.169-174.

³⁵⁸ COSTA, José de Faria – O âmbito de aplicação do direito penal, §37 - §40. In *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis) Introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1527-4. P. 95.

³⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P.202-203.

³⁶⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 4.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 56.

³⁶¹ Sobre o que se deva considerar território estrangeiro e internacional, *Passim*, MIRANDA, Jorge – Sujeitos de Direito Internacional. In *Curso de Direito Internacional Público*. 2.ª Ed. Rev. Cascais: Principia, 2002. ISBN 972-8818-18-1. P. 181-249. Considera este Autor que a soberania de um Estado é o alicerce da sua capacidade internacional plena, p. 193. Noutro sentido, GOUVEIA, Jorge Bacelar, *apud* MIRANDA, Jorge, *Ibidem*, p. 200, Nota 41, que, no seu *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra: 2003, p. 416, considera que, as regiões autónomas, são sujeitos de Direito Internacional, embora limitados.

³⁶² COSTA, José de Faria – O âmbito de aplicação do direito penal, §37 - §40. In *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis) Introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1527-4. P.81-96.

³⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P.202-203.

³⁶⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Anotação Art.º 4.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 56.

³⁶⁵ Art.º 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 254/2003, de 18 de Outubro.

território nacional para uma melhor compreensão da aplicação territorial do princípio *ne bis in idem*.

2.1.1.1.2. – Factos praticados fora do território português

O art.º 5.º do C.P. trata da aplicação no espaço do direito penal português a factos praticados fora do território nacional alicerça-se, para Taipa de Carvalho³⁶⁶, em “*princípios complementares e subsidiários*”. Princípios complementares, na medida em que se acrescenta às situações já abrangidas pelo princípio da territorialidade novas situações de crimes cometidos no estrangeiro; e princípios subsidiários, na medida em que apenas se aplicam a situações que não ocorram em Portugal funcionando, assim, como princípios subsidiários ao princípio da territorialidade. Faria Costa³⁶⁷ e Pinto de Albuquerque³⁶⁸ reduzem os bens jurídicos protegidos pelo art.º 5.º a cinco princípios essenciais: o princípio da nacionalidade, o princípio da defesa dos interesses nacionais, o princípio da universalidade, o princípio da administração supletiva da lei nacional e o princípio da aplicação convencional.

Para a análise do art.º 5.º do C.P. distinguimos dois critérios essenciais recorrendo ao n.º 1 do art.º 5.º do C.P. Assim, e na medida em que “*a lei penal portuguesa é ainda aplicável aos factos cometidos fora do território nacional*”, distinguimos os critérios: tipo de crime e nacionalidade do agente. Analisaremos neste âmbito os crimes cometidos por portugueses, tratado no presente capítulo, e crimes cometidos por estrangeiros e crime cometido por pessoas colectivas, analisados nos capítulos seguintes da presente dissertação.

³⁶⁶ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN972-8069-54-5. P.267-282.

³⁶⁷ COSTA, José de Faria – O âmbito de aplicação do direito penal. In *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis) Introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1527-4. P. 96-99.

³⁶⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 57.

2.1.1.1.2.1. – Critério tipo de crime

No art.º 5.º, n.º 1, al. a), c) e d) do C.P., legislador determina que, “*Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional: a) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 221.º (Burla informática e nas comunicações), 262.º a 271.º (inseridos no Título IV dos crimes contra a vida em sociedade, nomeadamente a falsificação de moeda e cunhos), 308.º a 321.º (inseridos no capítulo dos crimes contra a segurança do Estado, nomeadamente contra a independência e integridade nacionais) e 325.º a 345.º (inseridos no mesmo capítulo dos crimes contra a segurança do Estado, nomeadamente contra a realização do Estado de direito e crimes eleitorais);*

c) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 159.º a 161.º (Escravidão, Tráfico de pessoas e Rapto, respectivamente), 171.º, 172.º, 175.º, 176.º (inserido no capítulo de crimes contra a autodeterminação sexual), e 278.º a 280.º (referentes aos crimes contra a vida em sociedade, nomeadamente, crimes de perigo comum por: Danos contra a natureza, Poluição e Poluição com perigo comum, respectivamente), desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandato de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português;

d) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 144.º (crime de ofensas à integridade física grave), 163.º e 164.º (crimes de coacção sexual e violação), sendo a vítima menor, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandato de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português;”

Da análise do elenco taxativo de crimes previstos e punidos pelas al. a), c) e d), do art.º 5.º do C.P., resulta a subsunção de dois princípios neles consagrados.

No entender de Faria Costa³⁶⁹ e Pinto de Albuquerque³⁷⁰, a al. a), do art.º 5.º do C.P., que consagra o princípio da defesa dos interesses nacionais, protege bens jurídicos com natureza de bens nacionais e, como tal, protegidos pela lei portuguesa ainda que o crime tenha sido cometido fora do território nacional por cidadão estrangeiro. As al. c) e d) do mesmo artigo consagram o “princípio da universalidade” que legitima o Estado a punir todos os crimes que representem uma ofensa a bens jurídicos reconhecidos e protegidos pela comunidade nacional, internacional e supranacional. Também Figueiredo Dias³⁷¹ vai neste sentido, acrescentando na interpretação do artigo, o princípio da personalidade activa e passiva. Assim, considera que a lei penal portuguesa é aplicável a factos cometidos fora do

³⁶⁹ COSTA, José de Faria – O âmbito de aplicação do direito penal. In *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis) Introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1527-4. P. 96-99.

³⁷⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação art.º 5.º In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P.58.

³⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P. 203-205.

território nacional quer se trate de vítima ou agente de nacionalidade portuguesa e desde que se verifiquem três requisitos: os agentes encontram-se em Portugal; os factos praticados são puníveis pela legislação do local em que foram praticados, excepto se nesse lugar não se exercer poder punitivo; e que os factos constituam crimes que admita extradição e esta não possa ser concedida.

Consideram, ainda, Figueiredo Dias³⁷² e Pinto de Albuquerque³⁷³ que a al. d) vai “«mais além do que é imposto pelos instrumentos internacionais relativos à protecção de menores»”, visto que estes instrumentos apenas impõem a perseguição de nacionais por crimes praticados no estrangeiro quando não possam ser extraditados, enquanto a legislação penal portuguesa prevê que o princípio consagrado na al. d) vale quer a extradição tenha sido requerida e não possa ser concedida quer não tenha sido requerida.

Além destes crimes taxativamente elencados, o art.º 5.º, n.º 2, do C.P., que consagra o princípio da aplicação convencional da lei penal nacional, permite ainda a aplicação da lei penal Portuguesa, entender de Pinto de Albuquerque³⁷⁴, “*a factos cometidos fora do território nacional que o Estado Português se tenha obrigado a julgar por tratado ou convenção internacional*”. Esta disposição permite ainda a vinculação, por tratado ou convenção internacional, do Estado Português “*a julgar certos factos de acordo com a lei penal estrangeira*”. Tal ideia fica reforçada pelo art.º 4.º C.P., 1.ª parte. Há que ressaltar ainda a este propósito que, para Taipa de Carvalho³⁷⁵, o facto de agente se encontrar em território português e não possa ser extraditado, é apenas um pressuposto de procedibilidade e não uma condição objectiva de punibilidade. Para Eduardo Correia³⁷⁶ trata-se de uma mera condição de punibilidade que não exige imputação subjectiva. Para Germano Marques da Silva³⁷⁷, nos casos em que não for possível Portugal conceder a extradição, o agente será punido e será submetido à lei penal portuguesa.

³⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P. 202-212.

³⁷³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P.58.

³⁷⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P.59.

³⁷⁵ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P.269-270.

³⁷⁶ CORREIA, Eduardo – A aplicação no espaço da lei criminal portuguesa. In *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-0123-7. P.174-175.

³⁷⁷ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol. I, Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X. P. 308-309.

A este propósito, deve referir-se, a excepção consagrada na resolução da A.R. n.º 3/2002, de 20 de Dezembro de 2001³⁷⁸ que proíbe a entrega de qualquer pessoa que se encontre em Portugal ao Tribunal Penal Internacional uma vez que o seu estatuto consagra a pena de prisão perpétua contrária ao ordenamento jurídico-penal português. A solução passará pelo julgamento pelo estado Português do crime cometido no estrangeiro por cidadão português.³⁷⁹ Assim fica plasmado no n.º 4 do art.º 33.º da C.R.P. o princípio da humanidade³⁸⁰ entendido como princípio residual que resulta da proibição constitucional de extradição e que se traduz na proibição da extradição nos casos em que, no Estado requisitante, o crime em questão seja punido por pena de morte ou outra lesão irreversível à integridade física ou, nos termos do n.º 5, uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade com carácter perpétuo ou duração indefinida.

³⁷⁸ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN972-8069-54-5. P. 270-280.

³⁷⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P.59.

³⁸⁰ SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol. I, Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.ª Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X. P. 308-309.

2.1.1.1.2.2. – Critério crime cometido por portugueses

Nos termos das alíneas b) e e), do n.º 1, do art.º 5.º do C.P., relativo às pessoas singulares, determina a lei penal que *“salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional: (...) b) Contra portugueses, por portugueses que viverem habitualmente em Portugal ao tempo da sua prática e aqui forem encontrados; (...) e) Por portugueses, ou por estrangeiros contra portugueses”*. No caso da al. e), o legislador penal exige ainda a verificação de três requisitos: *“i) Os agentes forem encontrados em Portugal; ii) Forem também puníveis pela legislação do lugar em que tiverem sido praticados, salvo quando nesse lugar não se exercer poder punitivo; e iii) Constituírem crime que admita 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”*.³⁸¹

De natureza complementar ao princípio da territorialidade está o princípio da nacionalidade, consagrado na al. e), do n.º 1, do art.º 5.º do C.P. introduzido pela Lei 65/98, de 2 de Setembro, que legitima a punição pelo Estado Português de situações não previstas nas alíneas anteriores, por força da sua relevância jurídico-penal. Inserem-se, neste âmbito, por exemplo, o crime de homicídio qualificado cometido na China por um cidadão chinês contra outro chinês ou qualquer outro estrangeiro³⁸². Essa nacionalidade será activa ou passiva consoante seja o agente ou a vítima do crime a possuir nacionalidade portuguesa. Em ambos os casos, se supõe a existência de um pedido de mandado e a respectiva recusa, atendendo ao requisito iii) da al. e).

A al. b) prevê uma *“extensão do princípio da nacionalidade”*³⁸³ visto que estatui a *“punição dos factos cometidos fora do território nacional contra Portugueses por Portugueses que vivem habitualmente em Portugal ao tempo da sua prática e aqui venham a ser encontrados, mesmo que a lei do lugar da prática do facto não puna o facto”*. Deste modo satisfazem-se as necessidades de protecção de certos interesses dos Estados Modernos independentemente do local onde foram violados e da nacionalidade do agente. Tal será o caso de, p. ex., dois portugueses com residência habitual em Portugal, que se deslocam a um determinado país para praticar actos puníveis ao abrigo da lei penal portuguesa mas não

³⁸¹ Lei 59/2007, de 4 de Setembro. Artigo 5.º.

³⁸² CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN972-8069-54-5. P.280-281.

³⁸³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P.58.

puníveis criminalmente nesse país determinado³⁸⁴. Evita-se, pois, uma verdadeira “fraude”³⁸⁵ à lei penal portuguesa, afastando a possibilidade de não punibilidade deste tipo de situações.

Por outro lado, o princípio da nacionalidade aplica-se também aos crimes praticados no estrangeiro por detentores de dupla nacionalidade, sendo uma delas a nacionalidade portuguesa.³⁸⁶

Contudo, para Eduardo Correia³⁸⁷, Figueiredo Dias³⁸⁸ e Pinto de Albuquerque³⁸⁹ o requisito ii), da al. e), in fine - «*salvo quando nesse lugar não se exerça poder punitivo*» - não levanta quaisquer problemas perante o disposto no requisito iii) uma vez que, se os interesses portugueses não são sequer protegidos pela lei do local onde foi cometido o facto, então não haverá dúvida quanto à aplicação plena da lei portuguesa.

Para Taipa de Carvalho³⁹⁰, não será exigível um pedido de extradição do local onde não funcione justiça penal para que a lei penal portuguesa seja aplicável na medida em que, não funcionando a justiça penal nem sequer se poderá falar em pedido de extradição. Neste sentido, conclui Taipa de Carvalho³⁹¹ que o pedido de extradição não é requisito para a aplicação da lei penal portuguesa quer se trate de um crime cometido num Estado estrangeiro contra um cidadão português (princípio da nacionalidade passiva) quer se trate de um crime cometido por um cidadão português que, no estrangeiro, comete um crime contra um estrangeiro (princípio da nacionalidade activa), apresentado os seguintes argumentos: por um lado, e considerando a nacionalidade passiva, não se poderá esperar um pedido de extradição de um local onde não funciona a justiça penal nem se poderá fazer depender a protecção de interesses dos cidadãos portugueses violados no estrangeiro por um nacional desse Estado e o

³⁸⁴ CORREIA, Eduardo – A aplicação no espaço da lei criminal portuguesa. In *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-0123-7. P.166-169.

³⁸⁵ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN972-8069-54-5. P.278-279; e também, ANDRADE, Costa e DIAS, Figueiredo – 4. O princípio complementar da universalidade. In *Direito Penal: Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime. Apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal (3.º ano) segundo as lições dos Profs. Doutores Jorge de Figueiredo Dias (1.ª turma) e Manuel da Costa Andrade (2.ª turma)*. [s.l.]. Coimbra: 1996. Fls. Policopiadas, p. 211.

³⁸⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 58.

³⁸⁷ CORREIA, Eduardo – A aplicação no espaço da lei criminal portuguesa. In *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-0123-7. P. 177, nota (1).

³⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P.216-217.

³⁸⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 57.

³⁹⁰ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P.273-276.

³⁹¹ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P. 272-281.

julgamento desse cidadão estrangeiro, em Portugal, da vontade do Estado estrangeiro em formular ou não o pedido de extradição; por outro lado, e considerando a nacionalidade activa, não fará sentido fazer depender a aplicação da lei penal portuguesa a um cidadão português, que se encontra em território nacional e que cometeu um crime no estrangeiro, de um pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro. De relevar que a nacionalidade do sujeito (agente e vítima) deve aferir-se “por referência ao momento da prática do facto.”³⁹²

Também nos casos previstos nas al. b) e e), para Taipa de Carvalho³⁹³ e Pinto de Albuquerque³⁹⁴ o facto de o agente que cometeu um crime no estrangeiro se encontrar em Portugal não é uma condição objectiva de punibilidade (ou seja, é matéria de relevância penal) mas sim um pressuposto de procedibilidade (ou seja, é matéria de relevância processual).

Sendo o agente português, deveremos ter em linha de conta, para efeitos de extradição os requisitos exigentes do art.º 33.º, n.º 3, da C.R.P. e do art.º 32.º, n.º 2, da Lei 144/99, de 31 de Agosto, matéria que será objecto de estudo no quarto capítulo.

³⁹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 57-59.

³⁹³ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P. 269-270

³⁹⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 59.

2.1.1.1.2.3. – Pessoas colectivas

A al. g), do n.º 1, do art.º 5.º do C.P., relativa às pessoas colectivas, prescreve que “*salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional: (...) g) Por pessoa colectiva ou contra pessoa colectiva que tenha sede em território português.*”

Assim, na al. g), do n.º 1, do art.º 5.º do C.P., *ex vi* art.º 12.º, n.º 2 da C.R.P., fica consagrada a extensão do princípio da nacionalidade a pessoas colectivas com sede em território Português³⁹⁵, cujos factos cometidos no estrangeiro por pessoa colectiva ou contra pessoa colectiva que tenha sede em território Português são passíveis de ser punidos pela lei penal Portuguesa.

2.1.1.1.3. - Conclusão da aplicação do *ne bis in idem* no âmbito territorial e subjectivo

Sucintamente, podemos afirmar que o princípio *ne bis in idem*, *ex vi* dos art.º 29.º, n.º 5, da C.R.P. e art.º 4.º e 5.º do C.P., é aplicável aos crimes cometidos:

- Em território nacional, independentemente da nacionalidade do agente (art.º 4.º, al. a))
- A bordo de navios ou aeronaves portuguesas (art.º 4.º, al. b))
- Fora do território nacional:
 - Pelos crimes previstos na al. a), c) e d), do n.º 1, do art.º 5.º;
 - Pelos crimes cometidos contra portugueses, por portugueses que viverem habitualmente em Portugal ao tempo da sua *prática* e aqui forem encontrados; al. b), do n.º 1, do art.º 5.º;
 - Pelos crimes cometidos por portugueses, ou por estrangeiros contra portugueses, reunidos os requisitos da al. e), do n.º 1, do art.º 5.º C.P..
 - Pelos crimes cometidos por pessoas colectivas com sede em território nacional, *ex vi* art.º 5.º, n.º 1, al. g) do C.P. e art.º 12.º, n.º 2 da C.R.P.;
 - pelos factos cometidos fora do território nacional que o Estado Português se tenha obriga a julgar por tratado ou convenção internacional; art.º 4.º e art.º 5.º, n.º 2 C.P..

³⁹⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 5.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 58.

2.1.1.2. - Restrições da lei portuguesa motivadas pelo *ne bis in idem* internacional

O art.º 6.º, n.º 1 do C.P. constitui-se como um afloramento do princípio *ne bis in idem*, dispondo o seguinte: “*A aplicação da lei portuguesa a factos praticados fora do território nacional só tem lugar quando o agente não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação*”.

Estamos perante uma disposição que denuncia, claramente, a limitação da aplicação da lei portuguesa nos casos em que já tenha ocorrido um julgamento prévio num outro país.

De facto, o princípio da aplicação extraterritorial da lei penal portuguesa tem um carácter subsidiário face ao princípio *ne bis in idem*, pelo que, num primeiro momento, deverá atender-se ao facto de ter ocorrido (ou não) um julgamento no país da prática do facto; só nos casos em que não houve julgamento prévio é que será possível a aplicação da lei portuguesa, por força do princípio *ne bis in idem*.

Deveremos ainda referir que a relevância internacional do princípio *ne bis in idem* traduz-se no facto de a proibição de duplo julgamento ser considerada uma garantia constitucional, consagrada no n.º 5 do art.º 29.º da C.R.P., oponível a todas as pessoas e a todos os tribunais, ou seja, como válida para todos os cidadãos (portugueses ou não), e para todos os julgamentos (decorridos em tribunais portugueses ou estrangeiros).

Contudo, e seguindo de perto Figueiredo Dias³⁹⁶, o critério da territorialidade deve assumir um carácter prioritário, colocando no âmbito da supletividade o princípio *ne bis in idem*, na medida em que o disposto no art.º 6.º, n.º 1, terá como único propósito evitar casos de impunidade decorrentes da desnecessidade de julgamento no país da prática do facto. Será ainda relevante mencionar a posição da jurisprudência relativamente a esta matéria.

Assim, o acórdão de 24 de Julho de 1985 indica o seguinte: “*Em relação a crimes praticados por portugueses em território estrangeiro, violadores de interesses ou direitos de ofendido residente no nosso País, admite a lei a possibilidade do seu conhecimento pelos tribunais portugueses, a título subsidiário, quando não tenha havido acção criminal no tribunal estrangeiro, normal e territorialmente competente, o que impõe a instauração e prosseguimento do respectivo processo-crime nos tribunais nacionais enquanto não houver conhecimento da existência da adequada acção penal pelo tribunal estrangeiro.*”³⁹⁷

³⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo – Âmbito de Validade Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P. 215, 216.

³⁹⁷ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 17.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2565-9. P. 76.

No entender de Pinto de Albuquerque³⁹⁸, o art.º 6.º estabelece duas regras restritivas da aplicação da lei penal portuguesa: 1) Tem lugar quando o agente não foi julgado no país da prática do facto (garantia do *ne bis in idem* internacional); 2) Quando o agente, apesar de ter sido julgado no país da prática do facto, se subtraiu ao cumprimento total ou parcial da pena aplicada naquele país.

Apesar da regra geral de proibição de novo julgamento em Portugal, nos casos em que o arguido tenha sido julgado e absolvido no país da prática do facto, para Pinto de Albuquerque existe uma excepção. Assim, perante a interpretação extensiva do art.º 6.º, haverá lugar a novo julgamento em Portugal, apesar do julgamento no país da prática do facto, “quando o arguido absolvido tenha sido submetido a medida de segurança e se tenha subtraído ao cumprimento total ou parcial desta.”³⁹⁹ Esta excepção, no entender de Taipa de Carvalho⁴⁰⁰ concretiza-se em três possíveis situações.

A primeira situação refere-se aos casos em que o Estado estrangeiro que proferiu a condenação não pede a extradição para execução da pena no seu território nem pede ao Estado Português que faça executar a pena aplicada pelo tribunal estrangeiro. A estes casos, aplica-se a segunda parte do n.º 1, do art.º 6.º do C.P., observados que fiquem os princípios previstos no art.º 5.º do C.P., sendo um tribunal português a julgar novamente o infractor, aplicando o instituto do desconto, previsto nos art.º 82.º do C.P., que permite um novo julgamento sem que se viole o *ne bis in idem* na medida em que é descontado na pena que vier a ser aplicada o tempo de privação de liberdade (pena ou medida de segurança) que o agente já tiver sofrido no estrangeiro ou a importância que já tiver pago (na pena de multa).

A segunda situação indica os casos em que o Estado estrangeiro que proferiu a sentença condenatória envia um pedido de extradição ao Estado português para que a pena seja cumprida, no todo ou em parte, no território do Estado estrangeiro. Neste caso, verificados os requisitos de concessão de extradição pelo Estado português o infractor será extraditado.

Contudo, havendo motivo de recusa de extradição por não verificação dos requisitos do art.º 5.º do C.P. e do art.º 33.º da C.R.P., nos termos do art.º 32.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto é instaurado em Portugal um procedimento penal pelos factos que fundamentam o

³⁹⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Art.º 6.º, Anotação 1-6. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 60, 61.

³⁹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 6.º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 60, 61.

⁴⁰⁰ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P.282-287.

pedido, solicitando ao Estado requerente todas as informações necessárias. O referido diploma será ainda alvo de análise autonomizada no decorrer na presente dissertação.

Na terceira situação, o Estado estrangeiro solicita ao Estado português a execução da sentença estrangeira em território português que poderá ser executada na medida em que se verifiquem as condições previstas no art.º 96.º e nas al. a) e c), do n.º 2 do art.º 6.º da Lei n.º 144/99, nomeadamente, a duração não inferior a um ano da pena ou medida de segurança; tratando-se de pena privativa de liberdade o condenado estrangeiro terá de dar o seu consentimento; o mesmo consentimento já não é exigível se o condenado pelo tribunal estrangeiro for um cidadão português a quem, previamente foi concedida extradição; e a revisão e confirmação da sentença estrangeira pelo Tribunal da Relação do último domicílio ou de onde for encontrado o infractor para atribuição de força executiva à sentença estrangeira, nos termos do art.º 235.º do C.P.P.

Refere, ainda, Pinto de Albuquerque⁴⁰¹ que o cariz subsidiário do princípio da jurisdição extraterritorial impõe ao tribunal o dever de aplicar a lei penal estrangeira se ela se mostrar concretamente mais favorável ao agente. Tal obriga a que o tribunal conheça a lei estrangeira, nomeadamente nos casos das al. c) a g), do n.º 1, do art.º 5.º, bem como proceda à “aplicação comparativa” da lei estrangeira e da lei nacional, determinando-se pela aplicação *in fine* da lei mais favorável.

Para Faria Costa⁴⁰² e Figueiredo Dias⁴⁰³, a opção do legislador foi no sentido de consagrar um princípio complementar de administração supletiva da justiça penal em 1998, na al. f), do n.º 1 do art.º 5.º do C.P. que pretendeu suprir uma lacuna existente na lei portuguesa sobre a aplicação da lei penal no espaço. Antes da introdução da redacção da nova alínea, um estrangeiro que tivesse cometido um crime normalmente grave no estrangeiro poderia refugiar-se em Portugal onde não era julgado, devido à falta de conexão da lei estrangeira com a lei portuguesa, e não podia ser extraditado, devido às restrições da lei portuguesa à extradição. Assim, para Faria Costa, a anterior legislação poderia transformar Portugal numa espécie de paraíso de criminosos ou mesmo, nas palavras de Figueiredo Dias, em um “*valhacouto de criminosos estrangeiros*”⁴⁰⁴. Nestes casos, e nos termos do art.º 6.º, n.º 2 do C.P., deve aplicar-se ao criminoso estrangeiro lei estrangeira mais favorável. Não

⁴⁰¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Anotação Art.º 6. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 60, 61.

⁴⁰² COSTA, José de Faria – O âmbito de aplicação do direito penal. In *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis) Introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1527-4. P. 98-99.

⁴⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P. 214-215.

⁴⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Op. cit.*, p. 214-215.

existindo essa correspondência, aplicar-se-á a lei Portuguesa que mais se aproxima da pena a converter⁴⁰⁵.

Por fim, nos termos do art.º 6.º, n.º 3 do C.P., sobre o tribunal não recai o dever de comparação nos casos das al. a) e b), do n.º 1, do art.º 5.º, do C.P., ou seja, quando o agente e a vítima do facto praticado no estrangeiro forem portugueses e viverem em Portugal, não há lugar à aplicação da lei penal estrangeira mais favorável. “*O que fundamenta a aplicação da lei portuguesa nestes casos – evitar situações de fraude - justifica também o afastamento do «favor rei»*”.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P. 218.

⁴⁰⁶ *Proposta de Lei n.º 98/X*. [Em linha]. Lisboa: Parlamento, 2007. [Consultado em 02.04.2012]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=33296>.

2.1.2. – Cidadãos estrangeiros de nacionalidade chinesa – a proibição de dupla nacionalidade chinesa

No presente capítulo analisaremos a Lei da Nacionalidade Portuguesa e a forma como é aplicada a cidadãos chineses que queiram adquirir a nacionalidade portuguesa. Para tal, num primeiro momento, impõem-se breves referências ao conceito de estrangeiro, à sua responsabilidade jurídico-penal e processual penal no direito português bem como à forma como lhe é aplicado o princípio *ne bis in idem* em território nacional. Por fim, demonstraremos que a Lei da Nacionalidade portuguesa mantém uma posição flexível face aos diplomas da nacionalidade dos demais países na medida em que admite a plurinacionalidade, ao invés da Lei da Nacionalidade da R.P.C. que não admite outra nacionalidade além da chinesa, obrigando os seus nacionais a abdicar da nacionalidade chinesa, mediante apertados requisitos que serão objecto de análise no ponto seguinte.

Pretendemos ainda demonstrar, no final deste capítulo, que os princípios da equiparação e reciprocidade são observados pela Lei da Nacionalidade Portuguesa face à Lei da Nacionalidade da R.P.C. e ainda que a Lei da Nacionalidade da R.P.C. o não faça. De facto, a Lei da Nacionalidade Portuguesa não obriga um estrangeiro de nacionalidade chinesa a renunciar à sua própria nacionalidade para adquirir a nacionalidade portuguesa (ainda que a Lei da R.P.C. a isso o obrigue) mas a Lei da Nacionalidade Chinesa já obriga um cidadão português a renunciar à nacionalidade portuguesa como condição sem a qual não poderá adquirir a nacionalidade chinesa, o que se traduz numa clara inobservância dos princípios da equiparação e reciprocidade pela Lei da Nacionalidade da R.P.C.

2.1.2.1. – Conceito de estrangeiro

Apesar de a C.R.P. não nos fornecer uma definição precisa de quem será o ‘estrangeiro’, concede-nos, no art.º 15.º, n.º 1 a 5, sob a epígrafe “*Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus*”, dados essenciais à sua caracterização:

“1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”.

Deste regime ficam excluídos “*os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses*” (n.º 2).

O n.º 3 prevê um regime especial para os cidadãos de Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal a quem “*são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso a cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática*”. Por fim, o n.º 4 prevê a possibilidade de a Lei poder “*atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para eleição dos titulares dos órgãos de autarquias locais*”.

A definição clássica de estrangeiro “*é todo aquele que tem cidadania diferente da portuguesa tendo outra ou não possuindo qualquer cidadania («apátridas» ou «apatridias»)*”⁴⁰⁷. Contudo, e seguindo o entender de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴⁰⁸, a implementação do conceito de cidadania europeia, no sentido atribuído pelo Tratado de Maastricht no art.º 2.º, 3.º§⁴⁰⁹, veio restringir o conceito de estrangeiro que, em bom rigor, será o cidadão de países não pertencentes à U.E. e os apátridas. De facto, os cidadãos dos Estados-Membros não são estrangeiros como os outros na medida em que partilham a cidadania da União Europeia com os cidadãos nacionais.

Para efeitos da interpretação do n.º 4, deve ainda atender-se ao disposto nos n.º 8 e 9, do art.º 33.º, da C.R.P. que consagra o direito de asilo “*aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade*

⁴⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 15.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, P. 357,II.

⁴⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 15.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, P. 357,II.

⁴⁰⁹ LOPES, J. J. Almeida – *Tratados Europeus Explicados*. 2.ª Ed. Lisboa: Vislis, 2002. ISBN 972-52-0143-4. P. 367-369.

*em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana”.*⁴¹⁰

Do exposto se conclui que o “*gozo dos direitos fundamentais bem como a sujeição aos deveres fundamentais*” não depende da aquisição da cidadania portuguesa. É o que Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴¹¹ apelidam de “*tratamento nacional*”, i.e., a equiparação dos estrangeiros e apátridas com os cidadãos portugueses sendo, por isso, tratados de forma pelo menos tão favorável como os cidadãos portugueses, nomeadamente no que se refere ao catálogo de direitos fundamentais., ressaltando que ficam as supra referidas exceções dos n.º 2 a 5. Contudo, a C.R.P. não atribui liberdade à lei para estabelecer outras exclusões de direitos aos estrangeiros. A equiparação é a regra e todas as exceções têm de ser determinadas através da lei formal da A.R. (art.º 165.º, n.º 1, al. c), da C.R.P.) bem como justificadas e limitadas, devendo observar os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade quanto à restrição de direitos constitucionais ou legais.⁴¹² No mesmo sentido vai o art.º 14.º, n.º 1 e 2, do Código Civil que complementa o princípio da equiparação com a ‘cláusula de reciprocidade’ que será alvo da nossa reflexão ainda no decorrer do presente capítulo.

⁴¹⁰ *Lei Constitucional n.º 1/2005*, de 12 de Agosto.

⁴¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 15.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, P. 354 ss.

⁴¹² CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital – *Op.cit.*, p. 354 ss.

2.1.2.2. – Responsabilidade criminal do estrangeiro

Importa, agora, reflectir sobre a condição de estrangeiro em território nacional analisando a aplicação do direito penal e processual penal português aos comportamentos criminosos cometidos por estrangeiros dentro ou fora de território nacional e saber em que situação é que se aplica a Lei Penal Portuguesa aos estrangeiros.⁴¹³

2.1.2.2.1. – Código Penal português

A responsabilidade criminal do estrangeiro fica, desde logo, determinada pelo disposto no art.º 4.º, al. a) e b), do C.P., à semelhança do que anteriormente ficou dito sobre o cidadão nacional. Situamo-nos, novamente, no domínio do princípio da territorialidade que determina a aplicação da lei penal portuguesa a todos os factos juridicamente relevantes praticados no seu território independentemente da nacionalidade do agente. Assim: “*Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados: a) Em território português, seja qual for a nacionalidade do agente; ou b) A bordo de navios ou aeronaves portuguesas*” (critério do pavilhão).⁴¹⁴

O art.º 7.º determina o *locus delicti*, optando, o legislador, por uma solução mista ou plurilateral, de forma a evitar lacunas. Deste modo, “o facto considera-se praticado tanto no lugar em que, total ou parcialmente, e sob qualquer forma de comparticipação, o agente actuou, ou no caso de omissão, devia ter actuado, como naquele em que o resultado típico, ou o resultado não compreendido no tipo de crime, se tiver produzido.” Esta solução aplica-se tanto a nacionais como a estrangeiros.

Já o art.º 5.º C.P. prevê situações em que a lei penal portuguesa é aplicável apesar de o facto ser praticado fora do território português *por um cidadão estrangeiro*.⁴¹⁵

O art.º 5.º, n.º 1 al. a) e o seu elenco taxativo de crimes, consagram, como vimos anteriormente, o princípio da defesa dos interesses nacionais que confere protecção a bens

⁴¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Coord. – Estrangeiros e Direito Penal. In *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*. 1.ª Ed. Oeiras: Celta Editora, 2000. ISBN 972-774-069-3. P. 251 ss.

⁴¹⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Art.º 4.º, Anotação 1-8. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 55.

⁴¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Coord. – Estrangeiros e Direito Penal. In *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*. 1.ª Ed. Oeiras: Celta Editora, 2000. ISBN 972-774-069-3. P. 251 ss.

jurídicos portugueses com total indiferença pela nacionalidade do agente, pelo facto de os crimes terem sido cometidos no estrangeiro e mesmo pelo que a lei do local da prática do facto disponha a seu respeito.

O art.º 5.º, n.º 1, al. c) e d) consagram o princípio da universalidade que “*visa permitir a aplicação da lei penal portuguesa factos cometidos no estrangeiro que atentam contra bens jurídicos carecidos de protecção internacional ou que, de todo o modo, o Estado Português se obrigou internacionalmente a proteger*”.⁴¹⁶ Também aqui, “*o princípio deve valer independentemente da sedes delicti e da nacionalidade do agente. O fundamento do princípio consiste – como aponta Jescheck – na «solidariedade do mundo cultural face ao delito» e a «luta contra a delinquência internacional perigosa»*”⁴¹⁷. “*(...) Submete-se, todavia, a aplicação da lei penal portuguesa nestas hipóteses a uma dupla condição: que o agente seja encontrado em Portugal; e que não possa ser extraditado*”.⁴¹⁸ Fonte deste princípio poderá ainda ser o direito internacional convencional a que Portugal se tenha obrigado, por força do art.º 5.º, n.º 2.

O art.º 5.º, n.º 1, al. e) prevê exactamente o mesmo regime aplicável tanto a portugueses como a estrangeiros. Este regime é aplicável aos estrangeiros apenas enquanto agentes da prática do crime visto que a al. e) contempla somente vítimas de nacionalidade portuguesa. Da al. e), do n.º 1, do art.º 5.º, anteriormente analisada, recordamos ainda que o seu regime prevê o princípio da nacionalidade passiva que se fundamenta na “*exigência de protecção de nacionais perante factos contra eles cometidos por estrangeiros no estrangeiro e, neste sentido, a protecção de bens jurídicos nacionais. O princípio da nacionalidade passiva possui por isso um fundamento e uma teleologia que o identificam com o princípio da defesa dos interesses nacionais, concretamente sob a forma de protecção pessoal (individual) daqueles interesses*”.⁴¹⁹

A al. f), do n.º 1, do art.º 5.º, do C.P. trata directamente a questão dos estrangeiros encontrados em Portugal, fruto da reforma do C.P. de 1998: “*Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados: f) 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;*”.

Esta al. f) consagra o “*princípio da administração supletiva da lei nacional, nos termos da qual o Estado pune os factos juridicamente relevantes cometidos fora do território nacional contra estrangeiros por*

⁴¹⁶ ANDRADE, Costa e DIAS, Figueiredo – 4. O princípio complementar da universalidade. In *Direito Penal: Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime. Apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal (3.º ano) segundo as lições dos Profs. Doutores Jorge de Figueiredo Dias (1.ª turma) e Manuel da Costa Andrade (2.ª turma)*. [s.l.]. Coimbra: 1996. Fls. Policopiadas, p. 214.

⁴¹⁷ ANDRADE, Costa e DIAS, Figueiredo, *Op.cit.*, p. 214, 215.

⁴¹⁸ ANDRADE, Costa e DIAS, Figueiredo – 4. O princípio complementar da universalidade. In *Direito Penal: Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime. Apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal (3.º ano) segundo as lições dos Profs. Doutores Jorge de Figueiredo Dias (1.ª turma) e Manuel da Costa Andrade (2.ª turma)*. [s.l.]. Coimbra: 1996. Fls. Policopiadas, p. 215.

⁴¹⁹ ANDRADE, Costa e DIAS, Figueiredo, *Op.cit.*, p. 205.

estrangeiros que se encontram em Portugal, mas que não podem ser extraditados”.⁴²⁰ Este artigo adquire assim a dupla função de prevenir a eventual impunidade destes factos em território nacional e de fazer respeitar os fundamentos do direito português para a recusa da extradição.

De facto, no entender de Costa Andrade e Figueiredo Dias⁴²¹ como vimos, esta norma vêm corrigir uma grave lacuna de punibilidade, que poderia fazer com que Portugal corresse “o risco de se tornar em valhacouto de criminosos estrangeiros”.

Não obstante, a protecção dos estrangeiros, no C.P., não se extingue na parte geral. Na verdade, na parte especial do C.P. deparamo-nos com diversas tipologias de crime, que directa ou indirectamente, protegem os direitos dos estrangeiros. Destacamos, apenas, alguns: art.º 132.º, n.º 2, al. f) Homicídio qualificado provocado por ódio racial, religioso ou político; 145.º, n.º 2, Ofensas à integridade física graves resultantes do crime p.p. no art.º 13.º, n.º 2, al. f); art.º 240.º Discriminação racial, religiosa ou sexual; art.º 251.º Ultraje por motivo de crença religiosa; art.º 252.º Impedimento, perturbação ou ultraje a acto de culto.

Ressalvamos, ainda, a questão da responsabilidade criminal das pessoas colectivas resultante da extensão do princípio da nacionalidade que permite punir os factos cometidos no estrangeiro por pessoa colectiva ou contra pessoa colectiva com sede em território português e que se encontra consagrado na al. g), do n.º 1, do art.º 5.º do C.P., segundo o qual “*Salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados: g) Por pessoa colectiva ou contra pessoa colectiva que tenha sede em território português*”.

Na verdade, as pessoas colectivas estrangeiras sediadas ou activas em Portugal são, de facto, titulares de direitos fundamentais. Tais direitos fundamentais inserem-se no âmbito dos direitos fundamentais que as pessoas colectivas portuguesas são passíveis de possuir, nos termos do art.º 12.º, n.º 2, da C.R.P.. Apesar de a C.R.P. não fazer qualquer distinção entre pessoas colectivas estrangeiras e indivíduos estrangeiros, “*É evidente, porém, que as pessoas colectivas estrangeiras estão sujeitas, pelo menos, às condições restritivas aqui estabelecidas para os cidadãos estrangeiros. E as pessoas colectivas estrangeiras de natureza pública não devem poder gozar de direitos fundamentais, pelo menos na medida em que isso seja contraditório com a soberania nacional*”.⁴²² O verdadeiro alcance da al. g), do n.º 1, do art.º 5.º, do C.P., só poderá ser alcançado à luz dos art.º 12.º, n.º 2 e art.º 15.º, n.º 1, da C.R.P..

⁴²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Art.º 5.º, Anotação 14. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 59.

⁴²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9. P. 215.

⁴²² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Art.º 5.º, Anotação 9. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 58.

2.1.2.2.2. – Código Processo Penal português

Na esfera processual penal destacamos o art.º 6.º e o art.º 22.º C.P.P.

O Art.º 6.º trata a Aplicação da Lei Processual Penal no Espaço que “é aplicável em todo o território português e, bem assim, em território estrangeiro nos limites definidos pelos tratados, convenções e regras de direito internacional”.

O Art.º 22.º refere-se ao Crime Cometido no Estrangeiro esclarecendo que “*o tribunal da área onde o agente tiver sido encontrado ou do seu domicílio*” é, em princípio, o Tribunal competente para os casos em que “*o crime for cometido no estrangeiro*”. Contudo, para os casos em que “*não for possível determinar a competência, esta pertence ao tribunal da área onde primeiro tiver havido notícia do crime*”. Acrescenta o n.º 2 que será competente o “*tribunal da área nacional onde tiver sido praticado o último acto relevante, (...)*” nos casos em que “*o crime for cometido em parte no estrangeiro*”.

No entender de Gomes Canotilho⁴²³, nos termos do art.º 6.º, 1.ª parte do C.P.P., a aplicação no espaço do direito processual penal ocorrerá estritamente dentro dos limites do Estado. Contudo, o art.º 6.º, 2.ª parte C.P.P. expande as fronteiras da jurisdição processual penal portuguesa por força de tratados, convenções e regras de direito internacional., possibilitando, por este modo, a aplicação do processo penal português a crimes cometidos no estrangeiro (o que sucederá nos casos dos art.º 5.º, 6.º e 7.º do C.P.). O fim último da 1.ª parte do art.º 6.º é, tão-só, o de impedir a execução em território estrangeiro de actos processuais próprios da jurisdição penal portuguesa e vice-versa não incluídos nos referidos tratados, convenções e regras de direito internacional. Para Figueiredo Dias⁴²⁴ e Gomes Canotilho⁴²⁵ vigora aqui o princípio de que os actos processuais obrigatórios num determinado ordenamento jurídico-penal não são obrigatórios para o outro. Assim, em nome do exercício efectivo de uma das jurisdições, os Estados implementam convenções e tratados que abrem caminho a uma cooperação e assistência mútuas em matéria penal que se autonomizam da jurisdição penal internacional e revestem a forma de princípio de auxílio jurídico interestadual em matéria penal.

⁴²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Coord. – Estrangeiros e Direito Penal. In *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*. 1.ª Ed. Oeiras: Celta Editora, 2000. ISBN 972-774-069-3. P. 251 ss.

⁴²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo – 1.º Capítulo. Noções introdutórias; 3. Direito processual penal português e a sua aplicação. In *Direito Processual Penal I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. P. 105-106.

⁴²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Coord. – Estrangeiros e Direito Penal. In *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*. 1.ª Ed. Oeiras: Celta Editora, 2000. ISBN 972-774-069-3. P. 254.

Pelo exposto, concluimos que o direito penal português adjectivo e substantivo terá, em certos casos, competência para julgar factos praticados por estrangeiros, quer tenham sido praticados dentro ou fora do território português.

2.1.2.3. – *ne bis in idem* e os estrangeiros

No âmbito do Código Penal, destacamos, desde já, o art.º 6.º na medida em que não se pode dissociar do *ne bis in idem*. De facto, “o carácter meramente complementar ou subsidiário dos princípios de aplicação extraterritorial da lei penal portuguesa (art.º 4.º e 5.º C.P.) revela-se exemplarmente na circunstância de em todos estes casos a aplicação só ter lugar «quando o agente não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação» (art.º 6.º, n.º 1 C.P.). Trata-se aqui de respeitar o princípio jurídico-constitucional *ne bis in idem* (C.R.P., art.º 29.º, n.º 5).”⁴²⁶

O art.º 6.º, n.º 2 contempla uma forma de *garantia dos direitos dos estrangeiros* que venham a ser punidos em Portugal por crimes cometidos no estrangeiro, na medida em que o facto deve ser julgado pelos tribunais portugueses “segundo a lei do país em que tiver sido praticado sempre que esta seja concretamente mais favorável ao delinquente. Trata-se por isso verdadeiramente de aplicação de lei penal estrangeira pelo tribunal português”.⁴²⁷

Por outro lado, parece-nos claro que excluir a comunidade estrangeira e apátrida da aplicação do princípio *ne bis in idem* constituiria uma clara violação dos Direitos Fundamentais.

De facto, Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram que a protecção subjectiva destas garantias penais fundamenta-se no seu carácter de direitos universais e que, tal como acontece com a maioria dos direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal, “*não há lugar para os reservar para as pessoas de nacionalidade portuguesa, excluindo os estrangeiros (art.º 15.º, n.º 1, da C.R.P.)*” visto que, “*todas as pessoas, pelo facto de o serem, gozam destas garantias*”.⁴²⁸

Não esquecendo as pessoas colectivas, ressaltam os autores⁴²⁹ que “*apesar de ser um direito iminentemente pessoal, pode fazer sentido estendê-lo às pessoas colectivas (art.º 12.º, n.º 2, da C.R.P.), na medida em que elas sejam susceptíveis de responsabilidade penal (o que a Constituição deixa em aberto)*”. E concluem dizendo que “*não estando excluída a*

⁴²⁶ ANDRADE, Costa e DIAS, Figueiredo – *Direito Penal: Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime. Apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal (3.º ano) segundo as lições dos Profs. Doutores Jorge de Figueiredo Dias (1.ª turma) e Manuel da Costa Andrade (2.ª turma)*. [s.l.]. Coimbra: 1996. Fls. Policopiadas, p. 216 - 222.

⁴²⁷ ANDRADE, Costa e DIAS, Figueiredo, *Op.cit.*, p. 216 - 222.

⁴²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 29.º, Ponto XV. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, p. 491 ss.

⁴²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 29.º, Ponto XV. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, p. 491 ss.

responsabilidade e a punição penal das pessoas colectivas, as garantias penais também as protegem". Logo, a aplicação do princípio *ne bis in idem* será viável tanto a pessoas singulares como a pessoas colectivas. A responsabilidade penal das pessoas colectivas conheceu uma maior extensão na revisão de 2007 do C.P. com a ampliação do art.º 11.º da Lei 59/2007, de 4 de Setembro, que prevê uma lista de crimes da responsabilidade de pessoas colectivas e tem mérito de estabelecer um princípio geral da responsabilidade criminal das pessoas colectivas que se baseia no critério da pessoa singular que ocupa uma posição de liderança. São, de facto, as acções ou omissões da pessoa singular que ocupa posição de liderança na pessoa colectiva que constituem o nexo de imputação à pessoa colectiva⁴³⁰.

Relativamente à actuação de estrangeiros em território nacional, Eduardo Correia⁴³¹ traz à colação uma questão histórica de não somenos importância no âmbito do art.º 53.º, n.º 3 e 4 do C.P. em vigor em 1971. Este autor refere que a disposição legal em apreço parecia estabelecer que o princípio *ne bis in idem* aplicar-se-ia apenas aos factos praticados por portugueses em território estrangeiro, excluindo-se da sua protecção os factos praticados por estrangeiros; ou seja, parecia a lei estatuir que, em relação aos estrangeiros, não se excluiria a aplicação da lei portuguesa, mesmo nos casos em que já tivessem sido julgados pelo mesmo facto no estrangeiro. Todavia, não seria assim, visto que a aparente diferença resultava da diversidade de fontes do n.º 3 (provinha da lei de 1867) e do n.º 4 (provinha do Código de 1952).

Como solução, Eduardo Correia sugeria uma interpretação restritiva do art.º 53.º, n.º 4; *i.e.*, a aplicação do princípio *ne bis in idem* também aos estrangeiros julgados no seu país. De facto, se um português, para ser julgado em Portugal, não poderia ter sido julgado no estrangeiro, então, por maioria de razão, o mesmo deveria acontecer relativamente ao cidadão estrangeiro.

Apesar de se ter encontrado esta solução em 1971, actualmente, e por força da progressiva relevância do princípio *ne bis in idem* no plano internacional, poderemos afirmar que, presentemente, não existem restrições - nem sequer aparentes - do princípio *ne bis in idem* relativamente aos estrangeiros no plano nacional.

Não obstante, existem ainda alguns países que oferecem resistência à adopção plena deste princípio, apesar do disposto no Direito Internacional.

⁴³⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7. P. 77-79.

⁴³¹ CORREIA, Eduardo - *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-0123-7. P. 174-183.

2.1.2.4. – Lei da nacionalidade portuguesa

Actualmente, no ordenamento jurídico português, a questão da obtenção da nacionalidade fica prevista na Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro com as alterações introduzidas pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril e regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de Dezembro⁴³². Procederemos, pois, em um primeiro momento a um estudo dos aspectos essenciais da comumente apelidada ‘*Lei da Nacionalidade*’ bem como da sua regulamentação, seguido de uma análise versando sobre os princípios civilísticos da equiparação e reciprocidade associados aos estrangeiros, culminando numa reflexão acerca da viabilidade da plurinacionalidade no território nacional.

Para efeitos de obtenção de nacionalidade, a presente lei da nacionalidade distingue, desde logo, que as duas únicas formas de obter a nacionalidade serão: Atribuição de nacionalidade (art.º 1.º L.O. e art.º 1.º - 11.º D.L.) e Aquisição da Nacionalidade (art.º 2.º - 7.º, da L.O. e art.º 12.º - 28.º do D.L.).

A Atribuição da nacionalidade será “*por efeito da lei ou da vontade*” e a Aquisição da nacionalidade operará por um de três efeitos: “*vontade, adopção plena ou da naturalização*” (art.º 1.º, n.º 1 D.L.).

⁴³² Doravante denominados: L.O., por referência à Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril. *Lei da Nacionalidade Portuguesa, Lei Orgânica 2/2006, 17 de Abril*. [Em linha]. Lisboa: P.G.D., 17.04.2006. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=735&tabela=leis&nversao= e D.L., por referência ao Decreto-Lei n.º 237-A/2006, 14 de Dezembro. *Regulamento da Nacionalidade Portuguesa - Decreto-Lei n.º 237-A/2006, 14 de Dezembro*. [Em linha]. Lisboa: IRN, 14.12.2006. [Consult. 07.04.2012]. Disponível em <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/decreto-lei-237-a-2006/>

2.1.2.4.1 – Atribuição da nacionalidade: por mero efeito da lei, por declaração de vontade

Nos termos da Lei da Nacionalidade Portuguesa, a nacionalidade pode ser adquirida pelo indivíduo natural de Portugal no momento do seu nascimento (aquisição originária), ou posteriormente, por meio da naturalização (aquisição derivada ou secundária). A nacionalidade originária é atribuída no momento do nascimento e constitui-se na principal forma de concessão da nacionalidade por um Estado. A mesma pode ser adquirida pelo critério *jus sanguinis* (Direito de Sangue) ou pelo critério *jus soli* (Direito do Solo). O primeiro critério pressupõe a atribuição da nacionalidade por filiação. O segundo critério, estabelece como critério originário de atribuição da nacionalidade o território onde nasce o indivíduo⁴³³.

Por outro lado, a naturalização é o acto pelo qual um indivíduo voluntariamente adquire uma nacionalidade que não a sua de origem (local de nascimento). A naturalização é quase sempre associada às pessoas que imigraram, estabelecendo-se em países diferentes dos que nasceram, optando por adquirir a nacionalidade do país que as acolhe, cumprindo uma série de requisitos que varia de acordo com as legislações nacionais⁴³⁴.

A análise da L.O. e do D.L. permite-nos identificar, desde logo, duas formas de a atribuição de nacionalidade portuguesa que poderão ser “por mero efeito da lei” ou pela “declaração de vontade”. Em ambos os casos estamos perante aquisição originária da nacionalidade que produz efeitos desde o nascimento, ressalvando as relações jurídicas estabelecidas com base noutra nacionalidade (art.º 2.º D.L.).

O art.º 1.º, n.º 1, al. a) – f) L.O., elenca uma lista das situações de aquisição originária.

Por um lado, considera este artigo que são portugueses de aquisição originária da nacionalidade os indivíduos que sejam filhos de mãe ou de pai português nascidos no território português ou nascidos em território estrangeiro desde que o progenitor português aí se encontre ao serviço do Estado Português. Também adquirem originariamente a nacionalidade portuguesa os filhos nascidos no estrangeiro, de progenitor português, desde que se inscreva o seu nascimento no registo civil português ou se declare a vontade em ser português.

⁴³³ PRATA, Ana – *Dicionário Jurídico. Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária*. 4.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-402-488-1.P. 222-223.

⁴³⁴ CONCEIÇÃO, Tatiana B. Vaz da - *Lei da Nacionalidade da República Popular da China*. Lisboa: [s.l.], Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. 12 fls. Trabalho de síntese, 2.º ano da Licenciatura em Direito. Disciplina Direito Comparado.

Por outro lado, os filhos de estrangeiros nascidos em território português podem também adquirir originariamente a nacionalidade portuguesa em três situações concretas: quando pelo menos um dos seus progenitores tiver nascido em Portugal e tiver aqui residência, independentemente de título, no momento do nascimento; quando o filho nascido em território português declare que quer ser português e pelo menos um dos seus progenitores resida legalmente em Portugal há pelo menos cinco anos desde que não se encontrem ao serviço do respectivo Estado; e beneficiarão igualmente de aquisição originária os indivíduos nascidos em território português mas que não possuam outra nacionalidade. A lei da nacionalidade portuguesa atribui ainda uma protecção especial aos recém-nascidos expostos em território português, prevendo também para estes casos, a aquisição originária de nacionalidade portuguesa, nos termos do n.º 2 do art.º 1.º, da L.O.

2.1.2.4.2. – Aquisição da nacionalidade: por efeito da vontade, por adopção plena, por naturalização

A aquisição de nacionalidade portuguesa por efeito da vontade (art.º 2.º - 4.º L.O.), por adopção plena (art.º 5.º L.O.) ou por naturalização (art.º 6.º - 7.º L.O.) constitui uma forma de aquisição derivada ou secundária.

A aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade verifica-se nos casos de filiação e casamento ou união de facto, de duração superior a três anos, mediante reconhecimento judicial prévio. Assim, prevê-se a extensão da nacionalidade portuguesa, mediante declaração, aos *“filhos menores ou incapazes de pai ou mãe que adquira nacionalidade portuguesa”*. Esta extensão da nacionalidade portuguesa é também aplicável, mediante declaração feita na constância do matrimónio, ao estrangeiro casado há mais de três anos com um nacional português. O mesmo regime se aplica às de uniões de facto entre estrangeiro e nacional português com duração de pelo menos três anos, em que o cônjuge estrangeiro poderá adquirir nacionalidade portuguesa mediante sua declaração e após acção de reconhecimento da união de facto.

A aquisição da nacionalidade portuguesa pela adopção apenas exige que a adopção seja feita por um nacional português e que a adopção seja plena (art.º 5.º).

A Aquisição da nacionalidade portuguesa por naturalização exige aos estrangeiros o preenchimento dos requisitos cumulativos previstos no art.º 6.º n.º 1 e 2, L.O., nomeadamente, ser maior ou emancipado face à lei portuguesa, residirem legalmente no território português há pelo menos seis anos, conhecerem suficientemente a língua portuguesa e não ter sido condenado, com trânsito em julgado da sentença, pela prática do crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa.

O Governo português concede, ainda, a possibilidade de naturalização dos menores, nascidos em território português, filhos de estrangeiros, desde que se verifiquem três requisitos: primeiro, que os menores conheçam suficientemente a língua portuguesa e não tenham sido condenados, com trânsito em julgado da sentença, pela prática do crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa; segundo, que um dos progenitores resida legalmente em Portugal há pelo menos cinco anos; terceiro, que o menor tenha concluído o 1.º ciclo do ensino básico em Portugal.

Fica, ainda, prevista uma forma de naturalização privilegiada ou especial, prevista no art.º 24.º do D.L. alicerçada em fundamentos históricos estreitamente ligadas ao fenómeno da

descolonialização e à subsequente relação de Portugal com a C.P.L.P. Assim, prevê o art.º 24.º do D.L. que o Governo possa conceder a nacionalidade portuguesa, por naturalização, aos indivíduos que, não sendo apátridas, tenham tido a nacionalidade portuguesa, aos que forem havidos como descendentes de portugueses, aos membros de comunidades de ascendência portuguesa e aos estrangeiros que tenham prestado ou sejam chamados a prestar serviços relevantes ao Estado português ou à comunidade nacional, forem maiores ou emancipados à face da lei portuguesa e desde que não tenham sido condenados, com trânsito em julgado da sentença, pela prática do crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa.

2.1.2.4.3. – Oposição à aquisição de nacionalidade

A recusa de pedido de aquisição da nacionalidade portuguesa traduz-se na dedução de oposição à aquisição de nacionalidade pelo M.P. sustentada em, pelo menos, um dos seguintes fundamentos do art.º 9.º, al. a) a c), da Lei 2/2006: *“a) A inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional; b) A condenação com trânsito em julgado da sentença, pela prática do crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa. c) O exercício de funções públicas sem carácter predominantemente técnico ou a prestação de serviço militar não obrigatório a Estado estrangeiro”*.

Pela necessidade indefinição do que deverá constituir o conceito de “ligação efectiva à comunidade nacional”, a jurisprudência veio dar uma noção clarificadora. Trazemos, assim, à colação um Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, n.º 03697/08, de 13-11-2008, relativo à aquisição de nacionalidade portuguesa por um cidadão chinês de Macau, e que vem dizer o que deverá entender-se por “ligação efectiva à comunidade nacional”, prevista na al. a), do art.º 9.º. Diz o acórdão que o conceito de “ligação de pertença à comunidade nacional”, não exige o preenchimento, com o mesmo relevo, de todos os requisitos normalmente utilizados para aferir dessa pertença, ou seja, *“o conhecimento da língua, dos costumes, do hino, convívio com a comunidade nacional, residência em Portugal, etc...”*. O que é realmente decisivo e suficiente para determinar essa pertença será, então, *“uma visão de conjunto, que permita concluir (...) que se encontra estruturada e arraigada no âmago do candidato a caminhada para adquirir a nacionalidade portuguesa”*. Acrescenta o acórdão que, no caso *sub judice*, o elemento decisivo para determinar a ligação de pertença à comunidade nacional foi tão-só o domínio da língua portuguesa na medida em que o candidato havia prestado declarações no Consulado de Portugal em Macau sem se fazer acompanhar de tradutor. Entendeu o Tribunal que *“(...) este esforço de aprendizagem tem de constituir um sinal relevante do laço que prende o R. à comunidade portuguesa residente naquele território, sabendo-se, como se sabe, que é ínfima a percentagem de nacionais de etnia chinesa, ainda que de nacionalidade portuguesa, que entendem ou sequer falem a língua de Camões”*.⁴³⁵

⁴³⁵ CUNHA, António Coelho da – Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul, n.º 03697/08, de 13.11.2008. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Central Administrativo Sul, 2008. [Consult. Em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/dc1fa3d44049fbd88025750600516e91?OpenDocument&Highlight=0,03697%2F08>.

2.1.2.4.4. – Perda de nacionalidade

Quanto à problemática da perda da nacionalidade, existe apenas uma forma de se perder a nacionalidade portuguesa: assim, perderão “*a nacionalidade portuguesa os que, sendo nacionais de outro Estado, declarem que não querem ser portugueses*”. (art.º 8.º) A decisão sobre “*a perda ou manutenção da nacionalidade portuguesa nos casos de naturalização directa ou indirectamente imposta por Estado estrangeiro a residentes no seu território*” é da competência do Tribunal Central Administrativo Sul que deverá decidir destas questões em 1.ª instância, nos termos do art.º 32.º, da Lei n.º 2/2006, de 17 de Abril e do acórdão do T.C.A.S., n.º 03141/07, de 13-12-2007⁴³⁶.

Não obstante, tempos houve em que a legislação relativa à nacionalidade se revestiu de um cariz nacionalista e menos democrático, talvez resultado de reminiscências históricas (e arriscamos) do Estado-Novistas, em um momento pré-comunitário. De facto, anteriormente à data de entrada em vigor da Lei da Nacionalidade n.º 37/81, de 3 de Outubro, a perda da nacionalidade ocorria automaticamente, por efeito da lei e independentemente de ser lavrado o respectivo registo na Conservatória dos Registos Centrais, nos seguintes casos:

“*Perdeu a nacionalidade portuguesa a mulher que, tendo casado com estrangeiro, adquiriu, por efeito do casamento, a nacionalidade estrangeira do marido – Base XVIII, al. c), da Lei n.º 2098, de 29 de Julho de 1959 e art.º 22.º, n.º 4 do Código Civil de 1867*”.⁴³⁷

“*Perdeu automaticamente a nacionalidade portuguesa aquele que, sendo maior, adquiriu voluntariamente uma nacionalidade estrangeira – Base XVIII, al. a), da Lei n.º 2098, de 29 de Julho de 1959 e art.º 22.º do Código civil de 1867*”.⁴³⁸

Pelo exposto, a Lei da Nacionalidade portuguesa anterior a 1981 impunha a perda da nacionalidade portuguesa ao cidadão português que, sendo maior, adquiria outra

⁴³⁶ GERALDES, Magda - Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul, n.º 03141/07, de 13.12.2007. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Central Administrativo Sul, 2007. [Consult. 22.03.2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/4debd1a2cd63e2e802573d0004bd3c1?OpenDocument&Highlight=0,03141%2F07>.

⁴³⁷ Lei da Nacionalidade n.º 37/81 alterada pela Lei n.º 2/2006, de 17.04.2006. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 17.04.2006. [Consult. 07.04.2012]. Disponível em <http://www.dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=20061512%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=Lei&v12=&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar> e [Consult. 22.03.2011] Disponível em http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registos-centrais/docs-da-nacionalidade/perda-da-nacionalidade-4/

⁴³⁸ Lei da Nacionalidade n.º 37/81 alterada pela Lei n.º 2/2006, de 17.04.2006. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 17.04.2006. [Consult. 07.04.2012]. Disponível em <http://www.dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=20061512%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=Lei&v12=&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar> e [Consult. 22.03.2011] Disponível em http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registos-centrais/docs-da-nacionalidade/perda-da-nacionalidade-4/

nacionalidade quer voluntariamente quer por efeito do casamento com estrangeiro. Logo, ficava afastada a vigência do conceito de plurinacionalidade plena visto que não era admitida nos casos *supra* identificados. Nisto nos aproximamos da actual Lei da nacionalidade da República Popular da China, como adiante veremos.

Contudo, a actual Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril, nos seus art.º 30.º e 31.º vêm alterar o regime anterior, adequando-o à actual Lei da Nacionalidade que permite a plurinacionalidade de nacionalidades. Assim, o art.º 30.º, n.º 1 e 2 e art.º 31.º, n.º 1-3, estatuem que: *“A mulher casada que, nos termos da Lei n.º 2098, de 29 de Julho de 1959, e legislação precedente, tenha perdido a nacionalidade portuguesa por efeito do casamento pode readquiri-la mediante declaração, não sendo, nesta caso, aplicável”* o regime que prevê a oposição à aquisição de nacionalidade portuguesa. A reacquirição da nacionalidade portuguesa produz efeitos desde a data de nascimento e não põe em causa a validade das relações jurídicas anteriormente estabelecidas com base em outra nacionalidade.

Também nos casos em que, ao abrigo da referida lei n.º 2098, de 29.07.1959 e legislação precedente, um cidadão português tivesse perdido a sua nacionalidade portuguesa, por efeito da aquisição voluntária de nacionalidade estrangeira, pode readquiri-la ao abrigo do art.º 31.º, da Lei 2/2006, observados dois requisitos: *“a) Desde que não tenha sido lavrado o registo definitivo de perda de nacionalidade, excepto se declarar que não quer adquirir a nacionalidade portuguesa; b) Mediante declaração, quando tenha sido lavrado o registo definitivo da perda da nacionalidade”*.

Também nestes casos a reacquirição da nacionalidade portuguesa não afecta as relações jurídicas anteriormente estabelecidas com base em outra nacionalidade, produzindo efeitos apenas desde a data da aquisição da nacionalidade estrangeira, nisto se distinguindo do regime do art.º 30.º.

Nos casos de perda de nacionalidade portuguesa pela mulher portuguesa que se casasse com um estrangeiro, havia sempre lugar ao registo definitivo da perda da nacionalidade por força da exigibilidade da transcrição do casamento para efeitos de registo. Daí que, nestes casos, para reacquirição da nacionalidade portuguesa seja sempre necessária uma declaração da cidadã nesse sentido.

2.1.2.4.5. - Plurinacionalidade

A Lei n.º 2/2006, de 17 de Abril que regula, actualmente, a obtenção da nacionalidade, quer por atribuição quer por aquisição, não coloca quaisquer obstáculos à plurinacionalidade, conforme se retira do corpo do seu art.º 28.º: *“Nos conflitos de duas ou mais nacionalidades estrangeiras releva apenas a nacionalidade do Estado em cujo território o plurinacional tenha a sua residência habitual ou, na falta desta, a do Estado com o qual mantenha uma vinculação mais estreita”*.⁴³⁹

De facto, a legislação portuguesa admite a pluralidade de nacionalidades. Assim, um indivíduo pode ser detentor de uma ou mais nacionalidades.

Do ponto de vista da lei da nacionalidade portuguesa, isoladamente considerada, a aquisição da nacionalidade portuguesa nunca implica a perda da nacionalidade de origem do estrangeiro visto que a legislação nacional admite a plurinacionalidade, ou seja, a pluralidade de nacionalidades em um único indivíduo.

No entanto, quando colocada em relação com as demais leis da nacionalidade dos restantes países, a conclusão é diversa. Deste modo, *“a lei da nacionalidade portuguesa pode implicar a perda da nacionalidade de origem, apenas se a legislação do país de onde é natural, assim o obrigar por não permitir a plurinacionalidade. Neste caso, será necessário renunciar à nacionalidade de origem para obter a nacionalidade portuguesa”*.⁴⁴⁰

Contudo, ao abrigo da lei da nacionalidade portuguesa *“Se alguém tiver duas ou mais nacionalidades e uma delas for portuguesa, só esta revela face à lei portuguesa”*. (art.º 27.º).

⁴³⁹ Sobre o que deva entender-se *“vinculação mais estreita”*, interpretamos, por analogia, com o conceito de *“ligação efectiva à comunidade nacional”*, exigível no art.º 9.º, al. a), da Lei 2/2006, de 17 de Abril e clarificado nos acórdãos do T.C.A.S. n.º 03697/08, de 13-11-2008 e n.º 05367/09, de 19-11-2009. CUNHA, António Coelho da – *Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul, n.º 03697/08, de 13.11.2008*. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Central Administrativo Sul, 2008. [Consult. Em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/dc1fa3d44049fbd88025750600516e91?OpenDocument&Highlight=0,03697%2F08>, e GERALDES, Magda - *Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul, n.º 03141/07, de 13.12.2007*. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Central Administrativo Sul, 2007. [Consult. 22.03.2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/4debd1a2cd63e2e802573d0004bd3c1?OpenDocument&Highlight=0,03141%2F07>.

⁴⁴⁰ *Esclarecimento SEF*. [Em linha]. Lisboa: SEF, 2011. [Consult. 22.03.2011]. Disponível em <http://www.nacionalidade.sef.pt/duvidas.html>.

2.1.2.4.6. – Da reciprocidade

Como acabamos de ver, a legislação portuguesa não impõe a um estrangeiro a perda da sua nacionalidade de origem como *conditio sin qua non* para obter a nacionalidade portuguesa. E assim continuará a proceder ainda que a Lei da Nacionalidade do país de origem do estrangeiro não admita a plurinacionalidade. Tal significa que a lei da nacionalidade portuguesa nunca impõe a um estrangeiro que renuncie à sua nacionalidade para obter nacionalidade portuguesa mesmo nos casos em que a lei da nacionalidade do seu país o obrigue a renunciar à sua própria nacionalidade se se determinar por adquirir outra nacionalidade que não a sua. A actual Lei da nacionalidade da R.P.C. é exemplo disso na medida em que se trata de uma Lei da Nacionalidade que proíbe a plurinacionalidade, ou seja, um cidadão chinês apenas poderá ter nacionalidade chinesa tendo dela abdicar no caso de adquirir outra nacionalidade. A estas situações dá-se o nome de conflito de nacionalidades.

Este conflito de nacionalidades entre a Lei da Nacionalidade portuguesa e Lei da Nacionalidade da R.P.C. será ainda mais relevante se considerarmos os princípios da *equiparação e reciprocidade* de que nos falam o art.º 15.º, n.º 1, 3, 4 e 5 da C.R.P. e o art.º 14.º, n.º 1 e 2 do Código Civil, que passamos a analisar.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴⁴¹, no âmbito da C.R.P., “*a cláusula da reciprocidade é, simultaneamente:*

- uma cláusula de igualdade, porque visa, em último termo, reforçar o princípio de tratamento de nacional, equiparando os estrangeiros aos nacionais em sede de direitos (e deveres) fundamentais.” “Este mesmo princípio geral é estabelecido pelo Código Civil (art.º 14.º) quanto os «direitos civis». É o que se chama tratamento nacional, isto é, um tratamento pelo menos tão favorável como o concedido ao cidadão do país, designadamente no que respeita a um certo número de direitos fundamentais”.⁴⁴²

- uma «cláusula de pressão» “porque um dos seus objectivos é obrigar os Estados estrangeiros, através de lei interna ou de convenções internacionais, a estabelecer um regime jurídico de igualdade de direitos entre os respectivos cidadãos e os portugueses (embora na prática isso possa não surtir efeitos em relação aos Estados que não vejam com bons olhos o exercício de direitos políticos pelos seus nacionais em Portugal)”⁴⁴³.

- e uma «cláusula de diferenciação», “jurídico-internacionalmente legítima, para justificar a desigualdade de tratamento de cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, conforme a sua nacionalidade.

⁴⁴¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 15.º, Ponto IX. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, P.362.

⁴⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Op.cit.*, p.. 357.

⁴⁴³ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Op.cit.*, p.. 357.

Mesmo aqui, a diferenciação não pode afectar o conteúdo essencial do direito, nem ser invocada quanto a aspectos secundários da cidadania (ex.: impor rendas de casa mais altas a estrangeiros)”⁴⁴⁴. Esse respeito pelo conteúdo essencial do direito constitui, pois, um limite à eventual diferenciação. Assim, nos casos em que a cláusula de diferenciação não garantir “um mínimo de conteúdo útil e constitucionalmente relevante do direito delimitado”⁴⁴⁵, não poderá ser aplicada, afastando, consequentemente, a cláusula da reciprocidade.

Já quanto ao princípio da reciprocidade no âmbito dos direitos civis, estatui o art.º 14.º Código Civil: “1. Os estrangeiros são equiparados aos nacionais quanto ao gozo dos direitos civis, salvo disposição em contrário. 2 – Não são, porém, reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias”.⁴⁴⁶

A este propósito, Pires de Lima e Antunes Varela⁴⁴⁷, apelam à necessidade de distinguir o princípio da equiparação do princípio da reciprocidade, no âmbito dos direitos civis. “O primeiro é o da equiparação dos estrangeiros aos nacionais, quanto ao gozo de direitos civis; o segundo é o da reciprocidade. Isto quer dizer que, se à capacidade dos portugueses forem estabelecidas limitações por qualquer Estado estrangeiro, aos nacionais deste Estado são impostas, em Portugal, as mesmas limitações”. E continuam, ressaltando que “Os dois princípios são, em certa medida, autónomos: basta notar que pela regra da equiparação podem ser atribuídos aos estrangeiros direitos que o seu Estado não reconheça, desde que esse não reconhecimento não seja discriminatório em relação aos portugueses”.

Assim, a questão que se nos coloca é a de saber se o princípio da reciprocidade constitucional e civil português determina a proibição de plurinacionalidade apenas relativamente aos cidadãos chineses que queiram obter nacionalidade portuguesa pelo facto de a lei da nacionalidade chinesa não reconhecer ao cidadão português nas mesmas circunstâncias o direito de obter plurinacionalidade chinesa e portuguesa. De facto, se o cidadão português que quiser obter nacionalidade chinesa terá, previamente, de renunciar à nacionalidade portuguesa visto que está proibida a plurinacionalidade na R.P.C. Trata-se, pois, de perceber se esta norma da lei da nacionalidade chinesa, interpretada à luz do princípio da reciprocidade constitucional e civil português, legitima o Estado Português a proibir a obtenção de plurinacionalidade apenas relativamente aos cidadãos chineses que queiram obter nacionalidade portuguesa.

⁴⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Op.cit.*, p. 357.

⁴⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 15.º, Ponto IX. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Nota VII, P. 389.

⁴⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 15.º, Nota VII. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, P. 389.

⁴⁴⁷ LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes – Anotações art.º 14.º. In *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Obra Numerada n.º 25926.P. 63.

Parece-nos que não.

Parece-nos que não por duas ordens de razões:

1.^a O princípio da reciprocidade constitucional, na sua dimensão de instrumento de diferenciação, não admite a diferenciação nos casos em que essa diferenciação afectar ‘o conteúdo essencial’ do direito. Parece-nos que proibir a plurinacionalidade, ainda que apenas relativamente aos cidadãos chineses que queiram obter nacionalidade portuguesa, destrói e arrasa o núcleo e conteúdo essenciais dos direitos fundamentais de natureza análoga dos estrangeiros (art.º 15.º, n.º1 da C.R.P., *ex vi* art.º 17.º C.R.P.) que “gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”. Assim, no âmbito da C.R.P., a aplicação do princípio da reciprocidade a estes casos padeceria de inconstitucionalidade na medida em que a proibição da plurinacionalidade (ainda que direccionada apenas a cidadãos chineses e baseada na proibição de plurinacionalidade da Lei da nacionalidade chinesa relativamente a cidadãos portugueses), destruiria o núcleo essencial dos direitos fundamentais de natureza análoga dos estrangeiros, apátridas e cidadãos europeus (art.º 15.º C.R.P., *ex vi* art.º 17.º C.R.P.), violando o disposto no art.º 18.º, n.º 3 da C.R.P..

2.^a O princípio da reciprocidade civil apresenta-se-nos mais líquido na medida em que o princípio da equiparação e da reciprocidade são princípios autónomos. Para tal, “*basta notar que pela regra da equiparação podem ser atribuídos aos estrangeiros direitos que o seu Estado não reconheça, desde que esse não reconhecimento não seja discriminatório em relação aos portugueses*”⁴⁴⁸. E que, no caso concreto, não é. De facto, a proibição da plurinacionalidade da Lei da nacionalidade chinesa é geral e aplica-se igualmente a todos os cidadãos chineses e estrangeiros não discriminando nenhuma nacionalidade (com excepção dos estatutos especiais de transição relativos a Macau e Hong Kong). Assim, pela regra da equiparação, e nos termos do art.º 27.º, da Lei n.º 2/2006, de 17 Abril, pode ser atribuída a plurinacionalidade ao cidadão chinês que queira obter a nacionalidade portuguesa, independentemente do não reconhecimento desse direito pelo Estado da R.P.C. visto que esse não reconhecimento é geral para todos os cidadãos e todos os estrangeiros e não é discriminatório em relação aos portugueses.

Pelo exposto, podemos concluir que o princípio português da reciprocidade constitucional e civil admite excepções que se aplicam à lei da nacionalidade, nomeadamente, à questão da plurinacionalidade. Parece-nos, e arriscamos, que esta excepção é a razão pela qual a legislação da nacionalidade portuguesa não impede os cidadãos chineses, que reúnam

⁴⁴⁸ LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes – Anotações art.º 14.º. In *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Obra Numerada n.º 25926.P. 63.

os requisitos legalmente exigidos, de obter a nacionalidade portuguesa, caso o requeiram. Em suma, o ‘simples’ facto de os cidadãos portugueses não serem reconhecido, na legislação chinesa, o direito a obter a nacionalidade chinesa mantendo a nacionalidade portuguesa não legitima o Estado português a actuar da mesma forma relativamente aos cidadãos chineses no território português, por força da excepção do princípio da reciprocidade. Mantém-se, pois, na legislação portuguesa, o direito à plurinacionalidade, geral para todos os estrangeiros e independentemente da reciprocidade.

2.2. – Aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* – O caso da República Popular da China

Pelo presente capítulo pretendemos analisar a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* no ordenamento jurídico-penal e processual penal da R.P.C., concluindo pelo estudo da Lei da Nacionalidade da R.P.C., caracterizada pela proibição de dupla nacionalidade e inobservância dos princípios da reciprocidade e equiparação relativamente à Lei da Nacionalidade Portuguesa, mantendo a metodologia anteriormente utilizada na análise da aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* em Portugal, *mutatis mutandis*.

2.2.1. – Cidadãos Nacionais

Como vimos em anteriormente, é no âmbito da Lei Penal da R.P.C. que o princípio *ne bis in idem* é acolhido, ainda que de forma mitigada, no art.º 10.º. Assim, a análise dos termos de aplicação territorial, extraterritorial e subjectivo da Lei Penal da R.P.C., na sua revisão de 1997⁴⁴⁹, permitir-nos-á perceber também o alcance da aplicação do *ne bis in idem* na Lei Penal R.P.C., aos cidadãos nacionais.

O alcance subjectivo fica, desde logo, esclarecido pelo art.º 6.º da Lei Penal de 1997⁴⁵⁰ da R.P.C. (neste capítulo, L.P.R.P.C.97) que dispõe que: “*a lei penal é aplicável a ofensas cometidas por qualquer pessoa (independentemente de o sujeito ter nacionalidade chinesa ou qualquer nacionalidade estrangeira), incluindo as ofensas cometidas a bordo de navios ou aeronaves da R.P.C. cujos actos preparatórios ou efeitos se produzam dentro dos limites do território da R.P.C.*”. Abre, contudo, uma excepção no art.º 11.º da L.P.R.P.C.97⁴⁵¹ relativo à responsabilidade criminal de estrangeiros que gozem de privilégios diplomáticos e imunidade. Nestes casos, a responsabilidade criminal destes sujeitos é apurada por via diplomática.

No alcance territorial, fica também definido no art.º 6.º da L.P.R.P.C.97⁴⁵² que indica que a Lei penal da R.P.C. se aplica às ofensas “*cometidas dentro do território e águas territoriais e espaço aéreo da República Popular da China, excepto se a lei especificamente*

⁴⁴⁹ CHEN, J. – Criminal Law General Principles. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P.182.

⁴⁵⁰ Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997. Disponível em: <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

⁴⁵¹ Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em [Disponível em http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php](http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php).

⁴⁵² *Idem, Ibidem*, art.º 6.º.

dispuser de forma diferente”. Também se deve considerar cometido em território da R.P.C. “os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves da R.P.C.”. Termina o art.º 6.º com a advertência de que “se um acto criminoso ou as suas consequências ocorrem dentro do território, águas territoriais ou espaço aéreo da R.P.C., deve considerar-se que o crime foi, de facto, cometido dentro do território, águas territoriais e espaço aéreo da R.P.C.”.

Ao nível do alcance extraterritorial, a Lei Penal da R.P.C. tem vindo a manter a sua aplicação extraterritorial desde a Lei Penal de 1979. Nos termos do art.º 4.º e 5.º da Lei Penal de 1979⁴⁵³, um crime cometido por um cidadão chinês fora da R.P.C. não seria punido pela Lei Penal da R.P.C. se o facto não constituísse crime no local onde tinha sido praticado ou se a pena mínima prevista para aquele crime fosse inferior a 3 anos ao abrigo da Lei Penal chinesa, a menos que o cidadão chinês tivesse cometido um crime mais grave, como, p. ex., crimes contra-revolucionários, de contrafacção da moeda nacional, de corrupção, de revelação de segredos de Estado ou falsificação de documentos oficiais, entre outros.

A revisão da Lei Penal de 1997 expandiu em larga medida o alcance da aplicação extraterritorial. É isso que nos dizem os art.º 7.º e 93.º da Lei Penal de 1997⁴⁵⁴: A Lei Penal, na revisão de 1997, aplica-se agora a todos os crimes cometidos fora da R.P.C. por um cidadão chinês se a pena máxima, prevista para esse crime, ao abrigo da Lei Penal da R.P.C. for pena de prisão de 3 ou mais anos. Além disso, todos os crimes cometidos, fora do território da R.P.C., por pessoal do Estado ou pessoal militar são julgados pela Lei Penal da R.P.C. O art.º 93.º da L.P.R.P.C.97⁴⁵⁵ vem ainda esclarecer que o termo ‘pessoal do Estado’ “inclui todo o pessoal do Estado que trabalhe em companhias, empresas e instituições que sejam propriedade do Estado da R.P.C., bem como todo o pessoal que tenha sido designado pelo Estado para trabalhar em companhias, empresas, instituições e organizações sociais que não sejam propriedade do Estado”. A expansão da aplicação extraterritorial da Lei Penal da R.P.C. na revisão de 1997 tem como objectivo abranger o número crescente de estudantes chineses e empresários chineses actualmente a estudar ou a trabalhar fora da R.P.C.⁴⁵⁶.

⁴⁵³ *The Criminal Law and Criminal Procedure Law of China*. 1.ª Ed. Beijing: Foreign Languages Press, 1984. ISBN 0-8351-1015-X.p.10. Nos termos do art.º 4.º da Lei Penal de 1979, a lista de crimes que, mesmo praticados fora do território da R.P.C., seriam julgados pela Lei Penal da R.P.C.são:1. Crime contra-revolucionários; 2. Crimes de contrafacção da moeda nacional (art.º 122.º L.P.R.P.C.79), contrafacção de valores seguros (art.º 123.º L.P.R.P.C.79); 3. Crimes de corrupção (art.º 155.º L.P.R.P.C.79), aceitação de subornos (art.º 185.º L.P.R.P.C.79), revelação de segredos de Estado (art.º 186.º); e 4. Crimes de usurpação de funções ou disfarce de funcionários estatais (art.º 166.º) e falsificação de documentos, certificados e selos oficiais (art.º 167.º).

⁴⁵⁴ *Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

⁴⁵⁵ *Idem, Ibidem*, art.º 93.º.

⁴⁵⁶ CHEN, J. – Criminal Law General Principles. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 182.

2.2.2. – Cidadãos Estrangeiros de Nacionalidade Portuguesa – a proibição de dupla nacionalidade chinesa

Cabe agora analisar a proibição de dupla nacionalidade plasmada na Lei da Nacionalidade da R.P.C. pelo que procederemos ao estudo da Lei da Nacionalidade da R.P.C. sinalizando pontos em comum com a Lei da Nacionalidade Portuguesa, identificando os modos de aquisição da nacionalidade previstos e terminando pela referência às questões da naturalização e perda de nacionalidade.

2.2.2.1. - Introdução

Após a análise dos termos de aplicação territorial, extraterritorial e subjectivo da Lei Penal da R.P.C., na sua revisão de 1997, cabe-nos agora apurar qual o alcance da aplicação do *ne bis in idem* na Lei Penal R.P.C., aos cidadãos estrangeiros. A este propósito, faremos igualmente uma breve abordagem à questão da lei da nacionalidade da R.P.C., percebendo o âmbito do enquadramento legal do estrangeiro.

A disposição sobre a aplicação extraterritorial da Lei Penal da R.P.C. a estrangeiros que tenham cometido crimes contra a R.P.C. fora do território da R.P.C., manteve-se inalterada na revisão de 1997⁴⁵⁷. Assim, o art.º 8.º da Lei Penal de 1997 determina que a Lei Penal da R.P.C. de 1997 será aplicável “*a qualquer estrangeiro que cometa um crime fora do território e águas territoriais e espaço aéreo da R.P.C. contra o Estado da R.P.C. ou contra qualquer um dos seus cidadãos, nos casos em que, para aquele crime, a Lei preveja uma pena de prisão com um mínimo não inferior a 3 anos; contudo, esta disposição não se aplica aos crimes que não sejam punidos nos termos das leis do local onde foi cometido*”⁴⁵⁸. Mesmo nos casos em que o crime já foi julgado por um tribunal estrangeiro, a aplicação extraterritorial da Lei Penal da R.P.C. mantém-se. Todavia, nos termos do art.º 10.º da Lei Penal 1997 da R.P.C., se o arguido já foi condenado por um Estado estrangeiro ao cumprimento de uma pena, a pena pode vir a ser totalmente afastada ou parcialmente reduzida. Esta disposição afasta claramente a aplicação do princípio *ne bis in idem* aos crimes cometidos fora da China⁴⁵⁹ tanto por cidadãos chineses como por cidadãos

⁴⁵⁷ CHEN, J. – Criminal Law General Principles. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P.182.

⁴⁵⁸ *Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

⁴⁵⁹ CHEN, J. – Criminal Law General Principles. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P.182.

estrangeiros, não diferenciando. Nos termos do art.º 12.º da L.P.R.P.C.97⁴⁶⁰, o princípio da não retroactividade aplica-se também aos crimes cometidos por estrangeiros e nacionais, fora ou dentro do território da R.P.C., prevendo que, aos crimes cometidos antes da revisão de 1997 aplica-se a Lei de 1979 excepto nos casos em que a revisão de 1997 despenalize o facto ou preveja uma pena mais favorável. A estas excepções, aplicar-se-á a lei nova.

Por outro lado, devemos destacar o art.º 16.º do Código de Processo Penal na sua revisão de 1997 que prevê que: *“As disposições da presente Lei devem aplicar-se aos estrangeiros que cometam crimes pelos quais a sua responsabilidade criminal deva ser investigada. Se estrangeiros com privilégios ou imunidades diplomáticas cometerem crimes pelos quais a sua responsabilidade criminal deva ser investigada, estes casos devem ser resolvidos pela via diplomática”*.⁴⁶¹ Assim, também a aplicação de medidas de coacção como a detenção de estrangeiros deve regular-se pelas disposições da lei processual penal da R.P.C.. Contudo, para os casos relacionados com estrangeiros, aplica-se ainda um procedimento operacional específico descrito no relatório de 20 de Junho de 1995, denominado *Disposições sobre Várias Questões relacionadas com o Tratamento de Casos relacionados com Estrangeiros*, resultado de uma elaboração conjunta do Ministro dos Negócios Estrangeiros, Supremo Tribunal Popular, Procuradoria-Geral da República, Ministro da Segurança Pública e Ministro da Justiça⁴⁶².

⁴⁶⁰ *Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

⁴⁶¹ ZHOU, Zhen Xiong – General provisions. In *The Criminal Procedure Law of the People Republic of China*. Chicago: Office of International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, 1998. ISBN 0-942511-81-6. P. 3-4.

⁴⁶² CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen – Legal Basis of China’s Extradition System: International Legal Norms. In *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001. 146 f. Trabalho de Investigação. Nota 3, P.3. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>.

2.2.2.2. – Lei da nacionalidade da República Popular da China⁴⁶³

Importa agora perceber quem pode ou não ser considerado estrangeiro ou nacional ao abrigo da Lei da nacionalidade da R.P.C., para assim determinar a quem se pode ou não aplicar a lei penal e processual penal da R.P.C. para efeitos de apuramento da responsabilidade criminal.

Ressalvamos, desde já a questão da reciprocidade, anteriormente analisada. Como acabamos de ver, para efeitos da aplicação da lei penal da R.P.C., e nos termos da Lei da Nacionalidade da R.P.C., um estrangeiro de nacionalidade portuguesa não se distingue de um qualquer outro cidadão estrangeiro de uma qualquer outra nacionalidade, sendo-lhe, portanto, aplicada a Lei penal da R.P.C., salvo disposição legal em contrário. Aliás, é isso que dispõe o art.º 6.º do Código Penal na revisão de 1997 da R.P.C., que relembramos: a Lei penal da R.P.C. aplica-se às ofensas “*cometidas dentro do território e águas territoriais e espaço aéreo da República Popular da China, excepto se a lei especificamente dispuser de forma diferente*”⁴⁶⁴. Exemplos desta excepção são as disposições previstas nos acordos de cooperação internacional em matéria penal celebrados entre Portugal e a R.P.C. Analisaremos esta questão, oportunamente, no quarto capítulo da presente dissertação.

A Lei da Nacionalidade da R.P.C. (Lei da Nacionalidade) esclarece quais as formas de aquisição, perda e reacquirição da nacionalidade (art.º 1.º Lei da Nacionalidade). Como Estado unitário que reúne várias etnias (conjunto de indivíduos que pertencem a raças e nações diferentes, mas que estão unidos por uma civilização, em particular por uma língua, como é o caso de Macau, que é considerada uma Região Administrativa Especial “R.A.E.M.”), a Lei da Nacionalidade da R.P.C. aplica-se independentemente da etnia a que pertençam os indivíduos, possuindo igualmente a nacionalidade chinesa (art.º 2.º Lei da Nacionalidade). Da Lei da Nacionalidade destacamos que: a) A nacionalidade chinesa é regida por uma lei datada de 10 de Setembro de 1980; b) Adoptada pela Terceira Sessão da Quinta Legislatura da Assembleia Popular Nacional; c) Promulgada na data acima referida, pelo Decreto do Presidente do Comité Permanente da Assembleia Popular Nacional n.º 8, para vigorar a partir da data da sua promulgação (art.º 18.º Lei da Nacionalidade).

A Lei da Nacionalidade da R.P.C. é idêntica à Lei da Nacionalidade Portuguesa quanto às formas de aquisição da nacionalidade. Assim, a nacionalidade chinesa pode ser

⁴⁶³ *Nationality Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 10.09.1980. [Consult. em 22.09.2011]. Disponível em <http://www.china.org.cn/english/LivinginChina/184710.htm>

⁴⁶⁴ *Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

adquirida pelo nascimento (aquisição originária) ou naturalização voluntária ou imposta (aquisição derivada ou secundária). Os critérios do *jus sanguinis* e *jus soli* como fundamento à atribuição da nacionalidade, também existem na Lei da Nacionalidade Chinesa⁴⁶⁵. A naturalização refere-se aos indivíduos que não nasceram em território da R.P.C. e cujos progenitores não têm nacionalidade chinesa. Assim, *a contrario sensu*, estrangeiro será todo aquele que não é cidadão nacional da R.P.C., quer a nacionalidade chinesa tenha sido obtida por via da aquisição originária ou naturalização.

2.2.2.2.1. – Aquisição originária

Na República popular da China, a atribuição da nacionalidade em virtude da filiação na Lei da Nacionalidade, dispõe do seguinte modo, nos termos dos art.º 4.º e 5.º da Lei da Nacionalidade da R.P.C. :

Art.º 4.º Lei da Nacionalidade R.P.C.⁴⁶⁶: “*Todo o cidadão nascido na China, cujos progenitores, ou um deles, seja chinês, tem nacionalidade chinesa. Quando nascido no estrangeiro e cujos progenitores, ou um deles seja cidadão chinês, tem nacionalidade chinesa*”.

Art.º 5.º Lei da Nacionalidade R.P.C.⁴⁶⁷: “*O indivíduo cujos progenitores, ou um deles, seja cidadão chinês que tenham fixado residência no estrangeiro e que tenha adquirido a nacionalidade estrangeira no momento do seu nascimento, não tem nacionalidade chinesa*”.

⁴⁶⁵ CONCEIÇÃO, Tatiana B. Vaz da - *Lei da Nacionalidade da República Popular da China*. Lisboa: [s.l.], Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. 12 fls. Trabalho de síntese, 2.º ano da Licenciatura em Direito. Disciplina Direito Comparado.

⁴⁶⁶ *Nationality Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 10.09.1980. [Consult. em 22.09.2011]. Disponível em <http://www.china.org.cn/english/LivinginChina/184710.htm>

⁴⁶⁷ *Idem, Ibidem*, art.º 4.º.

2.2.2.2.2. - Naturalização

A Naturalização na Lei da Nacionalidade da R.P.C. refere-se à situação dos apátridas, a quem quer readquirir a nacionalidade chinesa e pode impor-se por força do casamento, adoção e naturalização dos filhos menores. Assim, relativamente aos apátridas, a legislação dispõe da seguinte forma, no art.º 6º da Lei da Nacionalidade: “Qualquer indivíduo nascido na R.P.C., cujos pais sejam apátridas ou de nacionalidade incerta, devem ter nacionalidade chinesa”.

Já quanto à reacquirição da anterior nacionalidade, o art.º 13º da Lei da Nacionalidade⁴⁶⁸ dispõe que “o estrangeiro, que anteriormente tenha obtido nacionalidade chinesa, tendo motivo relevante, pode pedir a reacquirição da nacionalidade; aquele a quem for concedida a reacquirição da nacionalidade chinesa não pode manter nacionalidade estrangeira”.

Por fim, a naturalização por força do casamento, adoção e filhos menores do naturalizado, a Lei da Nacionalidade da R.P.C. não refere especificamente estes casos, solucionando-os através das disposições previstas no Art.º 7.º, n.º 1, 2 e 3 da Lei da Nacionalidade⁴⁶⁹: “Os estrangeiros ou apátridas que estejam dispostos a respeitar a Constituição e as leis da China e se reunirem uma das seguintes condições podem pedir autorização para adquirir a nacionalidade chinesa: (1) Serem parentes próximos de cidadão chinês; (2) Tiverem fixado residência na República Popular da China; ou (3) Terem outro motivo relevante.

⁴⁶⁸ *Nationality Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 10.09.1980. [Consult. em 22.09.2011]. Disponível em <http://www.china.org.cn/english/LivinginChina/184710.htm>

⁴⁶⁹ *Idem, Ibidem*, art.º 7.º.

2.2.2.2.3. – Plurinacionalidade e perda de nacionalidade

A Lei da Nacionalidade da R.P.C. não admite a dupla nacionalidade dos cidadãos, isto é, extingue-se automaticamente a nacionalidade chinesa de um indivíduo, a partir do momento em que adquira uma outra nacionalidade, como podemos concluir dos Art.º 3.º e 8.º quando conjugados com os Art.º 9.º, 10.º, 11.º, 12.º e 14.º da Lei da Nacionalidade da R.P.C.⁴⁷⁰ que agora reproduzimos:

Art.º 3.º da Lei da Nacionalidade: “A R.P.C. não reconhece a dupla nacionalidade para nenhum indivíduo nacional da R.P.C.”.

Art.º 8.º da Lei da Nacionalidade: *“Qualquer indivíduo que requeira a naturalização como nacional chinês obterá nacionalidade chinesa mediante aprovação do seu requerimento; um indivíduo, cujo requerimento de naturalização como nacional chinês tenha sido aprovado, não pode manter a sua anterior nacionalidade”*.

Art.º 9.º da Lei da Nacionalidade: *“Qualquer cidadão nacional chinês que tenha fixado residência no estrangeiro e que tenha sido naturalizado como nacional desse país estrangeiro ou tenha adquirido nacionalidade estrangeira de livre vontade, perde automaticamente a nacionalidade chinesa”*.

Art.º 14.º da Lei da Nacionalidade: “Os indivíduos que desejem adquirir, renunciar ou readquirir a nacionalidade chinesa, com exceção dos casos previstos no art.º 9.º, devem submeter-se à formalidades requeridas. (...)”.

Art.º 10.º da Lei da Nacionalidade: *“O cidadão que reúna uma das seguintes condições pode renunciar à nacionalidade chinesa, mediante autorização: (1) Ser parente próximo de estrangeiro; (2) Ter fixado residência no estrangeiro; (3) Ter outro motivo relevante”*.

Art.º 11.º Lei da Nacionalidade: *“Qualquer indivíduo que requeira a renúncia da nacionalidade chinesa perderá a nacionalidade chinesa mediante autorização”*.

Art.º 12.º Lei da Nacionalidade: *“Funcionários estatais e militares no activo não podem renunciar à nacionalidade chinesa”*.

A nível nacional, têm competência para aceitarem os pedidos de nacionalidade o Departamento de Segurança Pública e a nível internacional, as agências de representação diplomática ou os serviços consulares (Art.º 15.º Lei da Nacionalidade⁴⁷¹). A análise e autorização dos pedidos de, naturalização, renúncia e reaquisição da nacionalidade da R.P.C., fica a cargo do Ministro da Segurança Pública da R.P.C.

⁴⁷⁰ *Nationality Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 10.09.1980. [Consult. em 22.09.2011]. Disponível em <http://www.china.org.cn/english/LivinginChina/184710.htm>

⁴⁷¹ *Nationality Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 10.09.1980. [Consult. em 22.09.2011]. Disponível em <http://www.china.org.cn/english/LivinginChina/184710.htm>

Ainda que a aquisição de uma outra nacionalidade implique a perda da nacionalidade chinesa, segundo dados do S.E.F.⁴⁷², em Portugal tem tido uma expressão significativa o número de cidadãos chineses que trocaram a sua nacionalidade pela nacionalidade portuguesa bem como o número de pedidos de autorização de permanência em Portugal, por cidadãos chineses (Quadro I).

AP (31.12.01)			AR (31.12.01)		
	Totais	%		Totais	%
Total	126901	100	Total	223602	100
Ucrânia	45233	36	Cabo-Verde	49930	22
Brasil	23713	19	Brasil	23541	11
Moldávia	8984	7	Angola	22630	10
Roménia	7461	6	Guiné-Bissau	17580	8
Cabo-Verde	5488	4	Reino Unido	14952	7
Rússia	5022	4	Espanha	13584	6
Angola	4997	4	Alemanha	11143	5
China	3348	3	EUA	8058	4
Guiné-Bissau	3239	3	França	7771	3
Paquistão	2851	2	S. Tomé e Príncipe	6230	3

Fontes: Relatórios Estatísticos, SEF. (cálculos dos autores)

Quadro I – Estrangeiros AR (Autorização Residência) e AP (Autorização Permanência), Totais e ordenação das dez nacionalidades mais representativas.⁴⁷³

⁴⁷² Em 2008, 119 cidadãos chineses adultos naturalizaram-se portugueses perdendo, consequentemente, a nacionalidade chinesa. Dados estatísticos do Departamento de Nacionalidade, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, Ministério da Administração Interna, Janeiro-Dezembro 2008. In *Lei da Nacionalidade, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras*. [Em linha]. Lisboa: SEF, 2011. [Consult. em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.nacionalidade.sef.pt/docsEstatSite2008.pdf>.

⁴⁷³ CARNEIRO, Roberto, Coord. – Registos Estatísticos (SEF). In *Contributos dos Imigrantes na Democracia Portuguesa, O papel das populações de nacionalidade estrangeira*. 1.ª Ed. Lisboa: Alto-Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME), Fev. 2004. ISBN 972-98959-5-3. P.46, Tabela 10.

2.3. – A Região Administrativa de Macau

Sem pretender uma análise exaustiva, impõe-se uma muito breve referência ao ordenamento jurídico-criminal da R.A.E.M. no âmbito deste estudo comparado devido à simbiose única existente neste território que, por força da sua história, conjuga num só território dois ordenamentos jurídicos (o português e o da R.P.C.). Na verdade, a localização geográfica da R.A.E.M., como parte integrante do território da R.P.C., e a aproximação conceptual ao ordenamento jurídico-criminal português, pela herança histórica, tornam necessária uma referência à evolução do ordenamento jurídico-criminal desta região por constituir um espaço físico em que convivem os dois ordenamentos jurídicos objecto de análise do presente estudo.

2.3.1. – Introdução: a Lei Básica, o Código Penal e o Código de Processo Penal da R.A.E.M.

O regresso de Macau à China a 20 de Dezembro de 1999 implicou um processo anterior de transição que teve início 10 anos antes, mais precisamente a 4 de Outubro de 1989, data em que o Governo de Macau criou o *Gabinete para a Modernização Legislativa* por Despacho n.º 114/GM/89, com o objectivo de realizar estudos necessários à elaboração e revisão dos principais diplomas de Macau⁴⁷⁴. A 5 de Janeiro de 1991 este Gabinete ganhou uma nova designação (*Gabinete para os Assuntos Jurídicos*), tendo como principal objectivo a realização de tarefas de recensão e sistematização do ordenamento jurídico de Macau bem como o levantamento dos instrumentos de direito internacional aplicáveis a Macau. A 18 de Dezembro de 1995, o Governo de Macau reviu os objectivos do Gabinete de modo a adaptá-lo às exigências dos trabalhos de ‘localização jurídica’. Por localização jurídica entende-se o acervo de trabalhos e reflexões da área jurídica realizados no período de transição de Macau para a China, cujo conteúdo se centrou na instalação dos órgãos jurídicos, compreendendo a ordenação, a tradução para chinês e revisões das leis, a formação do pessoal jurídico, os

⁴⁷⁴ FONG, Chio In e XUN, Leng Tie - Reflexão e Perspectivas sobre os Trabalhos da Área Jurídica. In *Administração – Revista de Administração Pública de Macau*. Macau: Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública. ISSN 0872-9174. Número 50 (4.º de 2000), Volume XIII (Dezembro de 2000), P.1219-1235.

intercâmbios jusprofissionais com o exterior e trocas de visitas, assim como a criação das organizações legislativas, entre outras⁴⁷⁵.

Antes de 20 de Dezembro de 1999, e durante muito tempo, as leis aplicadas no território de Macau foram quase todas portuguesas, nomeadamente, as disposições da C.R.P. sobre os direitos e as liberdades bem como o Código Penal, Código de Processo Penal, Código Civil, Código de Processo Civil e o Código Comercial, constituíram a estrutura fundamental do sistema jurídico de Macau. Como todos estes códigos foram elaborados por órgãos de soberania de Portugal, se continuassem a ser utilizados directamente na Região Administrativa Especial de Macau depois de 20 de Dezembro de 1999, seriam contraditórios com o retorno de exercício de soberania de Macau pela R.P.C.. Assim, os códigos portugueses aplicados em Macau deviam transformar-se em Códigos locais de Macau, através de um processo de localização adequado, antes de 19 de Dezembro de 1999. Se assim não fosse, os códigos tornar-se-iam automaticamente inaplicáveis⁴⁷⁶. Para que ocorresse uma transição suave e uma transferência feliz de poderes de Macau, as duas partes, chinesa e portuguesa, efectuaram consultas oficiais e não oficiais, mediante diversos canais, sobre a resolução da questão da localização jurídica durante o período de transição, especialmente a da localização dos principais códigos⁴⁷⁷.

A ‘localização dos códigos’ é uma parte importante da localização jurídica e, por um lado, refere-se à passagem das leis elaboradas por Portugal para Macau ou das leis aplicadas em Macau, directamente de Portugal, para as leis locais de Macau. Por outro lado, a ‘localização dos códigos’ compreende dois aspectos: Primeiro, os textos das leis deveriam estar vertidos nas duas línguas oficiais, especialmente em chinês, língua utilizada pelos residentes chineses que ocupam uma percentagem de mais de 95% da população total de Macau; Segundo, as fundamentais funções jurídicas deveriam corresponder à realidade de Macau, reflectir efectivamente a realidade social e económica de Macau e, em particular, ter em conta que essas leis deveriam convergir com a *Lei Básica da R.A.E.M.*, aplicada depois de 1999. Em suma, a tarefa de ‘localização dos códigos’ sintetizava-se na *adaptação, revisão, tradução e ordenação dos códigos*⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ FONG, Chio In e XUN, Leng Tie, *Op.cit.*, p.1219-1235.

⁴⁷⁶ FONG, Chio In e XUN, Leng Tie - Reflexão e Perspectivas sobre os Trabalhos da Área Jurídica. In *Administração – Revista de Administração Pública de Macau*. Macau: Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública. ISSN 0872-9174. Número 50 (4.º de 2000), Volume XIII (Dezembro de 2000), P.1219-1235.

⁴⁷⁷ FONG, Chio In e XUN, Leng Tie, *Op.cit.*, p.1219-1235.

⁴⁷⁸ FONG, Chio In e XUN, Leng Tie - Reflexão e Perspectivas sobre os Trabalhos da Área Jurídica. In *Administração – Revista de Administração Pública de Macau*. Macau: Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública. ISSN 0872-9174. Número 50 (4.º de 2000), Volume XIII (Dezembro de 2000), P.1219-1235.

A *adaptação e revisão* referiam-se principalmente à passagem para as leis locais, elaboradas pelos órgãos legislativos de Macau (para continuarem a ser válidas depois de 1999), das importantes leis portuguesas aplicáveis no território de Macau, nomeadamente os cinco principais códigos, que foram revistos conforme a realidade social de Macau, tendo sido obtido o consenso de ambas as partes, chinesa e portuguesa, mediante um determinado processo legislativo. A *revisão* incluiu ainda, em certa medida, a revisão das leis locais para as adaptar às mudanças sociais de Macau. A *tradução* refere-se, por um lado, à tradução para chinês das leis portuguesas necessárias à adaptação, para consultas entre as duas partes, chinesa e portuguesa; e por outro lado, à tradução para chinês das leis locais vigentes que ainda não tivessem sido traduzidas para chinês, com o fim de as adaptar ao estatuto de língua oficial do chinês, após o regresso de Macau. Finalmente, a *ordenação* refere-se ao arranjo sistemático de todas as leis válidas em Macau, incluindo as leis portuguesas e locais. Deveria, pois, saber-se claramente quais são as leis vigentes, quais são as que foram revogadas, assim como quais as leis portuguesas efectivamente necessárias à adaptação para se tornarem locais⁴⁷⁹.

Em Novembro de 1993, a parte portuguesa entregou à parte chinesa o projecto de *Código Penal de Macau* em versão chinesa, abrindo assim oficialmente o período de localização dos cinco códigos de Macau. A 25 de Fevereiro de 1994, as duas partes, chinesa e portuguesa, começaram a efectuar consultas sobre o projecto do *Código Penal de Macau* em versão chinesa. Em Junho de 1995, a parte chinesa e a parte portuguesa alcançaram o consenso sobre o projecto do *Código Penal de Macau*, em versão chinesa. No mesmo ano, a 14 de Novembro, o *Boletim Oficial de Macau* publicou o Decreto-Lei n.º 58/95/M, aprovando oficialmente o *Código Penal de Macau* e definindo a sua entrada em vigor a 1 de Janeiro de 1996. O *Código Penal de Macau* foi o primeiro código localizado que entrou em vigor em Macau, de entre os cinco importantes códigos portugueses. O sucesso destes trabalhos acelerou o passo na localização dos restantes códigos. Assim, a 2 de Setembro de 1996, o *Boletim Oficial de Macau* publicou o Decreto-Lei n.º 48/96/M, aprovando oficialmente o Código de Processo Penal e definindo a sua entrada em vigor a 1 de Abril de 1997. Assim, 20 de Dezembro de 1999, aquando do retorno do exercício da soberania de Macau pela República Popular da China, com a criação da Região Administrativa Especial de Macau, o sistema jurídico e judiciário original, assentando na premissa da convergência com a Lei

⁴⁷⁹ FONG, Chio In e XUN, Leng Tie, *Op.cit.*, p.1219-1235.

Básica da R.A.E.M., concretizou a sua transição suave⁴⁸⁰ alicerçada no exercício de um alto grau de autonomia⁴⁸¹.

A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China foi adoptada a 31 de Março de 1993, pela 1.^a Sessão da 8.^a Legislatura da Assembleia Popular Nacional da R.P.C. e promulgada pelo Decreto n.º 3 do Presidente da R.P.C. para entrar em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999⁴⁸². O seu preâmbulo esclarece, desde logo, que: “(...) Em 13 de Abril de 1987, os Governos da China e de Portugal assinaram a Declaração Conjunta sobre a Questão de Macau, afirmando que o Governo da República Popular da China voltará a assumir o exercício da soberania de Macau a 20 de Dezembro de 1999, concretizando-se assim a aspiração comum de recuperar Macau, almejada pelo povo chinês desde há longa data”. Ficam também definidos os objectivos da Lei Básica, que são: “(...) salvaguardar a unidade nacional e a integridade territorial, bem como favorecer a estabilidade social e o desenvolvimento económico de Macau, tendo em conta o seu passado e as suas realidades(...)”, criando-se, assim, a “Região Administrativa Especial de Macau de acordo com as disposições do art.º 31.º da Constituição da República Popular da China e que, de harmonia com o princípio «um país, dois sistemas», não se aplicam em Macau o sistema e as políticas socialistas. As políticas fundamentais que o Estado aplica em relação a Macau são as já expostas pelo Governo Chinês na Declaração Conjunta Sino-Portuguesa”.⁴⁸³ A Lei Básica da R.A.E.M. tem, pois, como objectivo definir o sistema a aplicar na R.A.E.M., de harmonia com a Constituição da R.P.C. e com vista a assegurar a aplicação das políticas fundamentais do Estado em relação a Macau.

Uma análise da Lei Básica (L.B.)⁴⁸⁴ permite-nos perceber o carácter autónomo da R.A.E.M., dotada de um sistema jurídico específico em que o princípio do caso julgado e o princípio *ne bis in idem* se encontram consagrados. A R.A.E.M. é parte inalienável da R.P.C. (art.º 1.º L.B.) e possui um alto grau de autonomia, goza de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância, de acordo com as disposições da L.B. (art.º 2.º e 19.º L.B.); assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades

⁴⁸⁰ FONG, Chio In e XUN, Leng Tie - Reflexão e Perspectivas sobre os Trabalhos da Área Jurídica. In *Administração – Revista de Administração Pública de Macau*. Macau: Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública. ISSN 0872-9174. Número 50 (4.º de 2000), Volume XIII (Dezembro de 2000), P.1219-1235.

⁴⁸¹ PIRES, Cândida da Silva Antunes - O «Terceiro Poder» na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau. In *Administração – Revista de Administração Pública de Macau*. Macau: Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública. ISSN 0872-9174. Número 54 (4.º de 2001), Volume XIV (Dezembro 2001), p.1515-1560.

⁴⁸² *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>.

⁴⁸³ *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>.

⁴⁸⁴ *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>.

dos residentes da R.A.E.M. e de outras pessoas da região (art.º 4.º L.B.); protege o direito à propriedade privada (art.º 6.º L.B.), visto que, na R.A.E.M. não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalteradas durante cinquenta anos os sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes (art.º 5.º L.B.). Por esta razão, o sistema jurídico da R.A.E.M. muito se aproxima do sistema jurídico português. De facto, dispõe ainda o art.º 8.º da L.B. que *“As leis, decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da R.A.E.M.”*. No âmbito penal, prevê a Lei Básica no art.º 28.º o direito a interpor o pedido do *habeas corpus* em virtude de detenção ou prisão arbitrárias ou ilegais e no art.º 29.º que *“Nenhum residente de Macau pode ser punido criminalmente senão em virtude de lei em vigor que, no momento da correspondente conduta, declare expressamente criminosa e punível a sua acção; 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 em tribunal”*. Fica, pois, clara a consagração do princípio da legalidade e da presunção de inocência na Lei Básica da R.A.E.M.. Apesar de o *ne bis in idem* não encontrar na Lei Básica uma consagração tão clara, podemos, ainda assim, encontrá-la no art.º 40.º da L.B. por força do respeito pelas disposições do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: Art.º 40.º da L.B.: *“§1 - As disposições que sejam aplicáveis a Macau, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, bem como das convenções internacionais de trabalho, continuam a vigorar e são aplicadas mediante leis da R.A.E.M.; §2 - Os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei. Tais restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo anterior deste artigo”*. P.I.D.C.P., Art.º 14.º, n.º 7: *“Ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infracção da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país”*.⁴⁸⁵

Passando, agora, para o âmbito penal e processual penal, ressaltamos, desde já que, as leis penais e processuais penais da R.P.C. não são aplicáveis a Macau⁴⁸⁶, a menos que o Congresso Nacional Popular o determine, de acordo com os direitos de emergência estipulados pela Lei Básica de Macau⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – P.I.D.C.P. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P.30.

⁴⁸⁶ CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 67-95.

⁴⁸⁷ *Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

O Código Penal da R.A.E.M.⁴⁸⁸ aproxima-se bastante da sistemática do Código Penal Português na revisão 65/98. Além de consagrar o princípio da legalidade (proibindo o recurso à analogia), consagra ainda o princípio do caso julgado e o *ne bis in idem* nos mesmos termos que o art.º 2.º, n.º 4 do Código Penal Português previa anteriormente no D.L. n.º 48/95, de 15 de Março. Assim dispõe o art.º 2.º, n.º 4 do Código Penal da R.A.E.M.⁴⁸⁹: “1 – As penas e medidas de segurança são determinadas pela lei vigente na prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que dependem. 2 – O facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do elenco das infracções; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a respectiva execução e os seus efeitos penais. 3 – Quando a lei valer para um determinado período de tempo, continua a ser punível o facto praticado durante esse período; 4 – Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente, salvo se já tiver havido condenação transitada em julgado”. O respeito pelo *ne bis in idem* fica ainda mais claro no corpo do art.º 6.º do Código Penal da R.A.E.M.: “A aplicação da lei penal de Macau a factos praticados fora de Macau só tem lugar quando o agente não tiver sido julgado no local da prática do facto ou se se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação”.⁴⁹⁰

Não obstante, é no seio do Código de Processo Penal da R.A.E.M. que encontramos a consagração expressa do *ne bis in idem*, nos art.º 431.º, 440.º e 448.º. O art.º 431.º do C.P.P. da R.A.E.M.⁴⁹¹, sob a epígrafe “Fundamentos e admissibilidade da revisão”, determina que:

“1. A revisão da sentença transitada em julgado é admissível quando: a) Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; c) Os factos que serviram de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. (...) 3. Com fundamento na alínea d) do n.º 1, não é admissível revisão com o único fim de corrigir a medida concreta da sanção aplicada”. O art.º 440.º do C.P.P. R.A.E.M.⁴⁹², sob a epígrafe “Anulação de sentenças inconciliáveis”, determina que: “1. Se a revisão for autorizada com fundamento na alínea c) do n.º 1 do artigo 431.º, por haver sentenças penais inconciliáveis que tenham condenado arguidos diversos pelos mesmos factos, o Tribunal Superior de Justiça anula as sentenças e determina que se proceda a julgamento conjunto de todos os arguidos, indicando o tribunal que, segundo a lei, é competente. 2. Para efeitos do disposto no número anterior, os processos são apensos, seguindo-se os termos

⁴⁸⁸ Código Penal R.A.E.M. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 14.11.1995. [Consult, em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/95/46/codpenpt/default.asp>.

⁴⁸⁹ *Idem*, *Ibidem*, art.º 2.º.

⁴⁹⁰ Código Penal R.A.E.M. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 14.11.1995. [Consult, em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/95/46/codpenpt/default.asp>.

⁴⁹¹ Código Processo Penal R.A.E.M. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 02.09.1996. [Consult, em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/96/36/codpropenpt/default.asp>.

⁴⁹² Código Processo Penal R.A.E.M. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 02.09.1996. [Consult, em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/96/36/codpropenpt/default.asp>.

da revisão. 3. A anulação das sentenças faz cessar a execução das sanções nelas aplicadas, mas o Tribunal Superior de Justiça decide se aos condenados devem ser aplicadas medidas de coacção legalmente admissíveis no caso”.

Nos casos em que o condenado, a favor de quem foi pedida a revisão, se encontrar preso ou internado, os actos judiciais revestem-se de carácter prioritário (art.º 448.ª C.P.P. R.A.E.M.⁴⁹³).

Além das causas já indicadas, o Processo Penal da R.A.E.M. reveste-se de um carácter diferente do Processo Penal da R.P.C. também por via das suas fontes. Na verdade, o processo penal de Macau tem, fundamentalmente, duas fontes: o Código de Processo Penal Português de 1929, com as sucessivas alterações até 1998; e a Constituição da República Portuguesa de 1976. Daqui resulta que as disposições constitucionais enformavam os princípios fundamentais do processo penal de Macau em vigor no período de transição e que se reflectem no Código de Processo Penal da R.A.E.M.. Por esta razão, encontramos institutos como o *habeas corpus*, o princípio da presunção de inocência, do acusatório, do julgamento célere e o princípio *ne bis in idem*.⁴⁹⁴

Por seu lado, as fontes do direito processual penal da R.P.C., são a Constituição de 1982 e suas revisões, o Código de Processo Penal de 1979 e revisões subsequentes, e algumas disposições concretas publicadas pelo Ministério da Segurança Pública, pela Procuradoria Popular Suprema e pelo Tribunal Popular Supremo. O direito processual penal da R.P.C. prevê disposições relativas aos órgãos estatais e aos direitos de defesa do arguido. Contudo, o objectivo é apenas o de regular o funcionamento do poder do Estado no âmbito do processo penal, estando omissos os limites processuais deste poder e as garantias processuais dos cidadãos. De facto, os princípios e regimes como a presunção de inocência, o *ne bis in idem* entre outras garantias dos direitos dos arguidos, ou não estão expressamente estabelecidos ou estão expressamente proibidos. Deste modo, o processo penal na R.P.C. expressa fortemente o princípio do inquisitório: realça o combate ao crime, não dando tanta importância às garantias dos direitos humanos⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Código Processo Penal R.A.E.M. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 02.09.1996. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/96/36/codpropenpt/default.asp>.

⁴⁹⁴ XI, Xiao Sheng e JIE, Suo Zheng - Estudo Comparado do Direito Processual Penal de Macau e da China. In *Seminário Questões Jurídicas do Período de Transição de Macau*. Org. Universidade de Direito e Ciência Política da China. Pequim, 10 e 11 de Novembro de 1995. *Perspectivas do Direito: Actas*. Pequim: Gabinete para a Tradução Jurídica, N.º 1, 1996. P. 27-39.

⁴⁹⁵ XI, Xiao Sheng e JIE, Suo Zheng - Estudo Comparado do Direito Processual Penal de Macau e da China. In *Seminário Questões Jurídicas do Período de Transição de Macau*. Org. Universidade de Direito e Ciência Política da China. Pequim, 10 e 11 de Novembro de 1995. *Perspectivas do Direito: Actas*. Pequim: Gabinete para a Tradução Jurídica, N.º 1, 1996. P. 27-39.

Em suma, a grande diferença entre os sistemas processuais penais da China e de Macau tem por base um pano de fundo histórico:

Em primeiro lugar, a *Constituição da República Portuguesa*⁴⁹⁶ de 1976, fruto da revolução do 25 de Abril de 1975, reflecte juridicamente as expectativas do povo português em matéria de liberdade. Na R.P.C., com o fim da Revolução Cultural, entre 1979 e 1982, sob a política da reforma e abertura ao exterior, o desejo da R.P.C. era a estabilidade social e um rigoroso combate ao crime, o que se reflectiu no âmbito do processo penal.

Em segundo lugar, o direito processual de Macau tem uma história mais longa, com disposições penais mais pormenorizadas, suficientes e operativas, resultado de um estudo teórico desenvolvido durante um longo período de tempo. Na R.P.C., o sistema jurídico tem vindo a ser reconstruído desde 1979 encontrando, assim, numa fase inicial de estudo teórico⁴⁹⁷.

Em terceiro lugar e último, os fins do direito processual penal são diferentes em Macau e na R.P.C.. Em Macau privilegia-se o reforço da protecção dos direitos humanos como exigência necessária da evolução do direito processual penal. Já na R.P.C., a função do direito processual penal no C.P.P. de 1979 era o combate ao crime. Contudo, a sua revisão de 1996 demonstra um esforço no sentido do reforço da protecção dos direitos humanos⁴⁹⁸.

Resta, agora, determinar o âmbito de aplicação territorial e subjectiva do *ne bis in idem*, conforme se encontra previsto na Lei Básica, C.P., C.P.P. da R.A.E.M.. A Lei Básica é aplicável a todos os indivíduos, residentes e não residentes, que se encontrem em território da R.A.E.M..

A Lei Básica esclarece no art.º 44.º⁴⁹⁹ que “*Os residentes de Macau e outras pessoas que se encontrem em Macau têm a obrigação de cumprir as leis vigentes na Região Administrativa Especial de Macau*”. Acresce o art.º 25.º da Lei Básica⁵⁰⁰ que “*Os residentes de Macau são iguais perante a lei, sem discriminação em razão de nacionalidade,*

⁴⁹⁶ XI, Xiao Sheng e JIE, Suo Zheng, *Op.cit.*, p. 27-39. Itálicos dos Autores.

⁴⁹⁷ XI, Xiao Sheng e JIE, Suo Zheng - Estudo Comparado do Direito Processual Penal de Macau e da China. In *Seminário Questões Jurídicas do Período de Transição de Macau*. Org. Universidade de Direito e Ciência Política da China. Pequim, 10 e 11 de Novembro de 1995. *Perspectivas do Direito: Actas*. Pequim: Gabinete para a Tradução Jurídica, N.º 1, 1996. P. 27-39.

⁴⁹⁸ XI, Xiao Sheng e JIE, Suo Zheng - Estudo Comparado do Direito Processual Penal de Macau e da China. In *Seminário Questões Jurídicas do Período de Transição de Macau*. Org. Universidade de Direito e Ciência Política da China. Pequim, 10 e 11 de Novembro de 1995. *Perspectivas do Direito: Actas*. Pequim: Gabinete para a Tradução Jurídica, N.º 1, 1996. P. 27-39.

⁴⁹⁹ *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>.

⁵⁰⁰ *Idem, Ibidem*, art.º 25.º.

ascendência, raça, sexo, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução e situação económica ou condição social”.

A propósito, os art.º 41.º, 42.º e 43.º da Lei Básica⁵⁰¹ atribuem a protecção dos direitos e liberdades aos indivíduos residentes e não residentes, sem distinção:

“Art.º 41.º: Os residentes de Macau gozam dos outros direitos e liberdades assegurados pelas leis da Região Administrativa Especial de Macau.

Art.º 42.º: Os interesses dos residentes de ascendência portuguesa em Macau são protegidos, nos termos da lei, pela Região Administrativa Especial de Macau. Os seus costumes e tradições culturais devem ser respeitados.

Art.º 43.º: As pessoas que não sejam residentes de Macau, mas se encontrem na Região Administrativa Especial de Macau, gozam, em conformidade com a lei, dos direitos e liberdades dos residentes de Macau, previstos neste capítulo”.

No capítulo respeitante aos direitos e deveres fundamentais dos residentes, o art.º 24.º da Lei Básica⁵⁰² esclarece que os residentes da Região Administrativa Especial de Macau, abreviadamente denominados como residentes de Macau, abrangem os residentes permanentes e os residentes não permanentes. Assim, “São residentes permanentes da Região Administrativa Especial de Macau: 1) Os cidadãos chineses nascidos em Macau antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, bem como os seus filhos de nacionalidade chinesa nascidos fora de Macau; 2) Os cidadãos chineses que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e os seus filhos de nacionalidade chinesa nascidos fora de Macau, depois de aqueles se terem tornado residentes permanentes; 3) Os portugueses nascidos em Macau que aí tenham o seu domicílio permanente antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau; 4) Os portugueses que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e aí tenham o seu domicílio permanente; 5) As demais pessoas que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e aí tenham o seu domicílio permanente; 6) Os filhos dos residentes permanentes referidos na alínea 5), com idade inferior a 18 anos, nascidos em Macau antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau”.

As pessoas acima referidas têm direito à residência na Região Administrativa Especial de Macau e à titularidade do Bilhete de Identidade de Residente Permanente da Região Administrativa Especial de Macau.

⁵⁰¹ *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China.* [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>.

⁵⁰² *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China.* [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>. Art.º 24.º.

Os residentes não permanentes da Região Administrativa Especial de Macau são aqueles que, de acordo com as leis da Região, tenham direito à titularidade do Bilhete de Identidade de Residente de Macau, mas não tenham direito à residência.

2.3.2. – Lei da nacionalidade

Pelo que acabamos de analisar, o acervo legislativo da Lei Básica bem como o C.P. e C.P.P. da R.A.E.M. aplicam-se aos indivíduos indicados pela Lei Básica, nos seus art.º 25.º e 44.º. Destarte, torna-se irrelevante a análise da lei da nacionalidade com o objectivo de determinar quem é considerado nacional ou estrangeiro para, em última análise, averiguar da aplicação do acervo penal e processual penal, como fizemos no caso Português e da R.P.C.. Faremos contudo, uma breve nota sobre esta temática.

A lei da nacionalidade que vigora no território da R.A.E.M. é a Lei da Nacionalidade da R.P.C.. Existe, contudo, um regulamento específico para a R.A.E.M., na Lei N.º 7/1999. O Regulamento sobre os Requerimentos Relativos à Nacionalidade dos Residentes da R.A.E.M.⁵⁰³ constitui um *“Esclarecimento do Comité Permanente da Assembleia Nacional Popular sobre várias questões quanto à aplicação da Lei de Nacionalidade da República Popular da China na Região Administrativa Especial de Macau”* (art.º 1.º).

Sobre a aquisição, renúncia, reaquisição, escolha e alteração da nacionalidade, dispõe o regulamento, da seguinte forma, nos art.º 2.º, 4.º- 8.º⁵⁰⁴:

O artigo 2.º relativo aos tipos de requerimentos, clarifica que os requerimentos abrangem os seguintes tipos: *“1) Aquisição da nacionalidade chinesa por naturalização pelos estrangeiros ou apátridas; 2) Renúncia à nacionalidade chinesa pelos cidadãos chineses; 3) Reaquisição da nacionalidade chinesa pelos estrangeiros que tenham tido a nacionalidade chinesa; 4) Escolha da nacionalidade chinesa pelos residentes de ascendência chinesa e portuguesa; 5) Alteração da nacionalidade dos cidadãos chineses residentes originários de Macau que têm outra nacionalidade”*.

Já as disposições relativas ao requerimento de aquisição da nacionalidade chinesa por naturalização previstas no artigo 4.º prevêem que *“1. De entre os residentes permanentes da R.A.E.M., só os estrangeiros ou apátridas podem requerer a aquisição da nacionalidade chinesa por naturalização. 2. Para os efeitos do número anterior deverá apresentar: 1) Documento comprovativo de parentesco próximo de*

⁵⁰³ Regulamento sobre os Requerimentos Relativos à Nacionalidade dos Residentes da R.A.E.M. Lei N.º 7/1999. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 20.12.1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/01/lei07.asp>

⁵⁰⁴ Regulamento sobre os Requerimentos Relativos à Nacionalidade dos Residentes da R.A.E.M. Lei N.º 7/1999. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 20.12.1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/01/lei07.asp>

cidadãos chineses ou ter fundamento legítimo para a aquisição da nacionalidade chinesa; 2) Documento comprovativo de que tem nacionalidade estrangeira, excepto quanto aos apátridas; 3) Certificado do registo criminal emitido há menos de 90 dias na R.A.E.M. e certificado de registo criminal emitido há menos de 90 dias no local onde o requerente tiver residido por período não inferior a seis meses e aí tenha completado dezasseis anos de idade. 4) Documento comprovativo de meios de subsistência do requerente, cônjuge, ou pais, caso o requerente seja menor”.

O artigo 5.º prevê os procedimentos necessários à renúncia da nacionalidade chinesa. Assim, se os cidadãos chineses que requerem a renúncia da nacionalidade chinesa tiverem nacionalidade estrangeira, devem apresentar as respectivas provas. Além disso, devem ainda apresentar documento comprovativo de parentesco próximo de estrangeiros, ou de que residem no estrangeiro, ou ter fundamento legítimo para a renúncia da nacionalidade chinesa.

O procedimento de reaquisição da nacionalidade chinesa, previsto no artigo 6.º, deve ser acompanhado dos documentos que comprovam que o requerente teve a nacionalidade chinesa e tem nacionalidade estrangeira.

O requerimento de escolha da nacionalidade chinesa, do art.º 7.º, tem um âmbito restritivo na medida em que “*o requerimento de escolha da nacionalidade chinesa deve ser acompanhado da declaração de que tem ascendência chinesa e portuguesa*”. E, “*no caso de existirem dúvidas sobre a declaração referida no número anterior, o director da DSI pode solicitar a entrega de documentos comprovativos*”.

Por fim, no art.º 8.º, o “*requerimento de alteração de nacionalidade dos cidadãos chineses, residentes originários de Macau que, antes ou depois da constituição da R.A.E.M., regressarem do estrangeiro e alterarem a nacionalidade, deve ser acompanhado da prova da nacionalidade estrangeira*”.

Para uma maior clarificação do conceito, o próprio regulamento, no art.º 9.º, prevê que “*são considerados parentes próximos nos termos da presente lei o cônjuge, os pais, os filhos e os irmãos do requerente*”.

CAPÍTULO III

O princípio *ne bis in idem* e os Direitos Fundamentais

No ordenamento jurídico português o princípio *ne bis in idem* constitui um princípio fundamental e, como tal, encontram-lo consagrado em vários diplomas legais nacionais e internacionais que vinculam o Estado Português. No ordenamento jurídico da R.P.C., o princípio *ne bis in idem* assume-se como um instrumento ao serviço do garante e soberania do Estado mais do que defesa dos direitos liberdades e garantias do indivíduo. O presente capítulo será um périplo por diplomas legais ainda não analisados que, ao longo da história, se vêm referindo ao princípio *ne bis in idem* num e noutro ordenamento jurídico-criminal.

3.1. – Portugal – *ne bis in idem* como princípio fundamental. Diplomas legais.

O *ne bis in idem* como princípio fundamental no ordenamento jurídico português remonta aos primeiros prenúncios logo na Lei de D. Dinis que analisaremos. Actualmente, com consagração na C.R.P., o *ne bis in idem* assume-se como princípio fundamental no ordenamento jurídico português também por força da D.U.D.H., P.I.D.C.P., da C.E.D.H., do Acordo de Schengen e de normas e princípios do direito comunitário que agora passamos a analisar.

3.1.1. – Lei de D. Dinis

Os princípios *ne bis in idem* e o *caso julgado* começaram a ganhar forma na segunda metade do séc. XVIII, como já vimos. Contudo, pareceu-nos de não somenos importância trazer à colação um primeiro despontar destes princípios, ainda que de uma forma muito incipiente, ocasional e inopinada. De facto, parece-nos que a espontaneidade da atenção demonstrada pelos soberanos da primeira dinastia - de forma decisiva, D. Dinis - relativamente a estas temáticas (ainda nem assumidas como princípios) reforça a convicção do carácter iminentemente (e arriscamos) natural e universal destes princípios.

O reinado de D. Dinis (1279-1325)⁵⁰⁵ constituiu o ponto de viragem em termos de reformas legislativas, nomeadamente, em questões judiciais e processuais. A preocupação primordial do monarca assentava no alargamento da autoridade régia a todos os sectores da sociedade e a todo o território. Fruto da reconquista e da consequente atribuição de privilégios e favores reais à fidalguia e nobreza, o poder do rei encontrava-se enfraquecido, descentralizado e desorganizado⁵⁰⁶. Ao tempo de D. Dinis, o poder do rei não seria, então, a última instância de poder em alguns territórios, mormente, as *honras* cujas muitas imunidades ameaçavam a supremacia do poder real.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ CAETANO, Marcello – Alguns Aspectos do Direito Criminal e Processual. In *História do Direito Português*. 4.^a Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X. P. 247-591.

⁵⁰⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida – Fontes do direito português desde os meados do século XIII até às Ordenações Afonsinas. In *História do Direito Português*. 1.^a Ed. Coimbra: Almedina Coimbra, 1989. Depósito Legal n.º 32851/89. P. 257-294.

⁵⁰⁷ PIZARRO, José Augusto de Sotto Mayor – Legislação. In *D. Dinis – Reis de Portugal*. 1.^a Ed. Lisboa: Círculo de Leitores, 2005. ISBN 972-42-3483-5. P.134 ss.

De modo a alargar a autoridade régia, D. Dinis reforma a legislação e “constrói a armadura institucional que sustenta o seu poder”⁵⁰⁸. Na verdade, a relevância do acervo legislativo dionisino foi tal que 129 leis de D. Dinis foram consagradas nas Ordenações Afonsinas. A este propósito afirma Carvalho Homem: “Se bem que consideravelmente menos incisiva que a do seu sucessor, a legislação do “Lavrador” apresenta no entanto suficientes novidades para que a possamos considerar um momento-chave da nossa construção política”.⁵⁰⁹ O exercício da justiça torna-se, para D. Dinis, uma questão prioritária, estruturando-o de forma sólida e eficaz, no sentido de reforçar a sua soberania. Exemplo claro foram as reformas sobre a jurisdição das terras senhoriais (Inquirições de 1284) e o regime das Apelações (recursos para o rei 1282). De facto, além das honras legitimamente constituídas, muitos fidalgos criaram honras novas, *i.e.*, honras criadas de nova, à revelia do rei e que contribuía para o alastramento das imunidades relativas a cobrança de impostos e jurisdição. Assim, pela primeira vez em 1317, D. Dinis promulga uma lei dirigida a esses senhores, donos das terras imunes, que constitui, a nosso ver, a primeira forma, ainda que incipiente, de proibição de duplo julgamento pelo mesmo facto, remetendo para o rei eventuais recursos.

Assim, a Lei de 19 de Março de 1317 dirigida a «*todos os Ricos homens e Ricas donas, Mestres, Priores das Ordens, Cavaleiros e Donas e a todos os outros quaisquer dos meus reinos que haveis jurisdições em vilas, castelos e em herdades, de qualquer estado ou condição que sejais*», estatui da seguinte forma:

“*E vós devedes a saber que é direito e uso e costume geral dos meus reinos que em todas as doações que os reis fazem a alguns sempre fica guardado para os reis as apelações e a justiça maior e outras coisas muitas que ficam aos reis em sinal e em conhecimento de maior senhorio*”.⁵¹⁰

Destarte, exterminava-se o abuso de serem os senhores a julgar as apelações, ou recursos das sentenças dos juizes das terras imunes, determinando o seguimento imediato dos recursos para a corte que não podia ser, de modo algum, dificultado pelos senhores.

A reacção de contestação dos senhores prolongou-se até ao reinado de D. Afonso IV, seu filho, que dirimiu as contendas promulgando a Lei de 3 de Janeiro de 1342. Em matéria de justiça criminal, mantém-se a jurisdição civil e criminal nas honras existentes à data das Inquirições de D. Dinis ou feitas até 20 anos antes da sua morte e que provassem que

⁵⁰⁸ HOMEM, Armando de Carvalho, *apud* PIZARRO, José Augusto de Sotto Mayor – Legislação. In *D. Dinis – Reis de Portugal*. 1.^a Ed. Lisboa: Círculo de Leitores, 2005. ISBN 972-42-3483-5. P.134 ss.

⁵⁰⁹ HOMEM, Armando de Carvalho, *apud* PIZARRO, José Augusto de Sotto Mayor – Legislação. In *D. Dinis – Reis de Portugal*. 1.^a Ed. Lisboa: Círculo de Leitores, 2005. ISBN 972-42-3483-5. P.134 ss.

⁵¹⁰ CAETANO, Marcello – Alguns Aspectos do Direito Criminal e Processual. In *História do Direito Português*. 4.^a Ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X. P. 247-591.

possuíam essa jurisdição desde a sua origem. Nas restantes, as que tinham “juiz privativo, mas sem jurisdição definida, o juiz podia conhecer todos os feitos cíveis; tendo só vigário, este apenas poderia conhecer questões de menor importância, com excepção das questões de propriedade e de posse. Tudo o resto seria da competência dos juízes régios, especialmente todo a matéria crime.”⁵¹¹

Apesar de, em última análise, se tratar de reforço e centralização do poder régio, a Lei de 19 de Março de 1317 tem o mérito de demonstrar, pela primeira vez, no acervo legislativo pré-individualista do séc. XVIII, uma preocupação inopinada com a questão dos julgamentos abusivos por parte dos senhores feudais. A oralidade das sentenças e as provas testemunhais recolhidas apenas por audição tornavam impossível o reexame fidedigno por autoridade superior e, assim, o recurso de uma sentença para o senhor feudal constituía, em bom rigor, um novo julgamento pelo mesmo facto. É difícil determinar uma data precisa para o surgimento dos recursos no Direito Português. Os primeiros indícios remontam a uma Lei de D. Afonso II (+/- 1211) que determina a possibilidade de uma questão ser levada a juízo pelo próprio monarca mesmo depois de proferida a sentença pelos juízes régios. Contudo, seria apenas nas Ordenações Afonsinas que se plasmam noções fundamentais relativas aos recursos alicerçadas no direito Justiniano e pós-justiniano. No título 108 do livro III das Ordenações Afonsinas, sob a epígrafe «*Dos que pedem que lhes revejam os feitos e sentenças desembargadas per os juízes da suplicação*»⁵¹² juntamente com outros textos posteriores, justificaram a consagração do instituto da anulação da coisa julgada. Não obstante, no reinado de D. Afonso III, não se tratavam de recurso propriamente ditos mas de pedido de revisão por nulidade da sentença. Foram também esclarecidas algumas noções fundamentais. Assim, “*sentença definitiva* seria a que esgotava a competência do juiz para julgamento de uma causa submetida à sua apreciação estabelecendo os direitos das partes; e a *sentença interlocutória*, que era proferida no decurso do processo sem lhe pôr termo.”⁵¹³ O *recurso de apelação* constituía um recurso facultado à parte vencida quando esta, não se conformando com a decisão de juiz inferior, interpunha recurso para juiz superior competente para reexame dos factos ou do direito aplicado. Já o *recurso de suplicação* constituía um novo recurso dirigido directamente ao rei para último exame do caso. Os conceitos de coisa julgada e de revisão de coisa julgada plasmados nas Ordenações Afonsinas resultam de uma Lei de D. Dinis de 1302,

⁵¹¹ CAETANO, Marcello – De Afonso III à Revolução de 1383. In *História do Direito Português*. 4.^a Ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X. P. 328 ss.

⁵¹² CAETANO, Marcello, *Op.cit.*, p.400-410 ss.

⁵¹³ CAETANO, Marcello – De Afonso III à Revolução de 1383: Direito Criminal e Processual: Recursos. In *História do Direito Português*. 4.^a Ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X. P.400-410 ss.

motivada pela necessidade de controlo dos «senhores dos lugares e os mestres e comendadores das ordens arvoravam-se em juizes de apelação, alguns nomeavam os seus sobrejuizes e meirinhos próprios e chegavam a impedir as pessoas de se dirigir ao rei a impetrar cartas de simples justiça» (Carta régia de 1282 descrevendo a situação de abuso).⁵¹⁴

O título 108, § 3 da Ordenações Afonsinas contém uma Lei de D. Dinis de 1302 que define o que se deve entender por sentença com força de coisa julgada:

“Eram as dadas por sobrejuiz ou algum ouvidor e confirmadas pelos ouvidores da corte (membros da corte que, no reinado de D. Dinis, actuavam em nome da corte)⁵¹⁵; ou proferidas por estes, mas confirmadas pelos ouvidores da suplicação; ou as não recorridas pelas partes. A coisa julgada só podia ser revista quando a sentença fosse nula, especialmente por assentar em falsidade de documentos ou de testemunhos (posteriormente provada), ficando nesse caso salvo ao rei ver, ou mandar ver «de ciência certa», todo o feito para mandar correger «tal erro», se fosse encontrado”.⁵¹⁶

No §5 das Ordenações Afonsinas surge outra Lei de D. Dinis de 1309 que esclarece a noção de *anulação de coisa julgada* ou «sentença firme» que, na prática, remetia-se a um caso de Suplicação. Assim, “depois de o feito passar pela Suplicação não podia mais ser objecto de atenção dos juizes «ainda que lh’o dissessem de sua parte» (do rei), salvo nos casos contidos na lei de 1302.”⁵¹⁷

Ainda que resultado de um esforço de centralização do poder régio a Leis de D. Dinis, nomeadamente as Leis de 1302, 1309 e 1317, constituem um esforço de sistematização do regime dos recursos e, conseqüentemente, têm o mérito de tratar, pela primeira vez, as questões da sentença definitiva, da fixação do caso julgado bem como os casos em que se admitia revisão da sentença definitiva. Deste modo, as Leis de D. Dinis, posteriormente elencadas no catálogo das Ordenações Afonsinas, contribuíram para a diminuição dos abusos perpetrados pelos senhorios feudais cuja jurisdição, isenta de fiscalização por autoridade superior, consistia, na prática, em duplos julgamentos e condenações desregradas. Testemunho desta situação é a lei de D. Afonso III, de 1264 que proibia os alcaides de prender acusados que dessem fiadores para garantia da sua oportuna comparência perante os juizes. No entanto, ficavam excluídos deste privilégio todos os que anteriormente tivessem já sido condenados, como seria o caso dos “homicidas, autores de feridas ou chagas graves ou de furto manifesto, os publicamente infamados (como criminosos), os homens aleivosos, traidores de julgado (i.e., desrespeitando coisa julgada), incendiários, «britadores de igreja» ou de caminhos públicos ou forçadores de

⁵¹⁴ CAETANO, Marcello – De Afonso III à Revolução de 1383: Direito Criminal e Processual: Recursos. In *História do Direito Português*. 4.^a Ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X. P.400-410 ss.

⁵¹⁵ CAETANO, Marcello, *Op.cit.*, p. 305.

⁵¹⁶ CAETANO, Marcello, *Op.cit.*, p. 410.

⁵¹⁷ CAETANO, Marcello – De Afonso III à Revolução de 1383: Direito Criminal e Processual: Recursos. In *História do Direito Português*. 4.^a Ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X. P. 410.

*mulheres, os quais deviam ser presos mas para serem logo conduzidos perante os alvazis antes de serem levados à prisão do castelo”.*⁵¹⁸ Porém, tal não se verificava, comprovadas as queixas nas Cortes de 1331 (D. Afonso IV): “*Os alcaides prendem os homens e levam-nos à prisão antes que os levem perante os juízes e, o que pior é, muito não querem soltar nem trazer perante eles pero (ainda que) lh’o mandem esses juízes. E alguns soltam sem seu mandado. Tudo isto é contra seus costumes antigos*”.⁵¹⁹

⁵¹⁸ CAETANO, Marcello – De Afonso III à Revolução de 1383: Direito Criminal e Processual: Recursos. In *História do Direito Português*. 4.^a Ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X. P. 410.

⁵¹⁹ CAETANO, Marcello, *Op.cit.*, p. 410.

3.1.2. – Constituição da República Portuguesa

A consagração, na C.R.P., do princípio *ne bis in idem* fica plasmado no art.º 29.º, n.º 5. O art.º 29.º consagra o essencial do regime de aplicação da lei penal, concatenando os princípios que regulam a lei penal portuguesa, nomeadamente o princípio da legalidade e da tipicidade dos crimes e das penas, não retroactividade da lei penal, *ne bis in idem*, etc..., comuns às primeiras constituições liberais que derrubaram o «Antigo Regime» e, com ele, o poder ilimitado do soberano, a discricionariedade na aplicação das penas, a aplicação retroactiva de penas, etc.⁵²⁰

Já o art.º 282.º, n.º 3 prevê excepções ao princípio do caso julgado bem como excepções à excepção. Assim, o caso julgado constitui uma excepção à regra dos efeitos gerais retroactivos da declaração de inconstitucionalidade, excepto nos casos em que a norma declarada inconstitucional reunir cumulativamente dois requisitos: 1) Quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social; 2) Quando essa mesma norma for de conteúdo mais favorável ao arguido.⁵²¹

Ambos os artigos foram alvos de análise anterior pelo que, neste capítulo apenas procedemos a uma síntese dos artigos mais relevantes ao enquadramento do *ne bis in idem*.

Art.º 29º, n.º 4: *“Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido”.*

Art.º 29.º, n.º 5 C.R.P.: princípio *ne bis in idem*,

“Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.”

Art.º 282.º, n.º 3, acerca da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade pelo Tribunal Constitucional: *“Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.*

⁵²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 29.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I, P.491 ss.

⁵²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital – Anotações ao Artigo 282.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 108.º a 296.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1839-8. Vol. II p. 972 ss.

3.1.3. – Declaração Universal dos Direitos do Homem

A consagração dos direitos humanos como agenda prioritária da comunidade internacional tem resultado de um progressivo mas lento processo evolutivo iniciado com a Carta das Nações Unidas que, contendo normas substantivas⁵²² sobre os direitos dos homens, suscitou o interesse da comunidade internacional para a problemática dos direitos humanos, colocando-os na rota de cooperação internacional entre os Estados.

3.1.3.1. – Introdução

Expressão do *supra* referido processo evolutivo foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem (D.U.D.H.), de 10 de Dezembro de 1948, produto do trabalho da Comissão de Direitos Humanos da O.N.U., liderado por Eleanor Roosevelt, responsável por reunir um catálogo internacional de direitos. A D.U.D.H. caracteriza-se, essencialmente por:

- 1) Consagrar o *princípio da universalidade de todos os direitos humanos*, na medida em que, independentemente das especificidades culturais, todos os povos se revêem nesta declaração;
- 2) Alicerça-se no princípio da *unidade de todos os direitos humanos* visto que esta declaração estatui, do mesmo modo, sobre toda a diversidade de direitos humanos (direitos civis e políticos do art.º 1.º-21.º, direitos económicos, sociais e culturais do art.º 22.º ao 28.º e art.º 29.º restrições aos direitos humanos).⁵²³

Todavia, a D.U.D.H. é mesmo isso: uma declaração, com valor declarativo e não vinculativo. Não obstante, a D.U.D.H. tem o mérito de configurar-se com um “padrão de moralidade internacional”⁵²⁴ sendo que algumas das suas normas são, de facto, vinculativas (*hard law*) e outras são já mais do que simples referências de moralidade internacional, impondo-se como verdadeira *soft law*. Ao nível interno, o art.º 16.º, n.1 da C.R.P. acolhe a D.U.D.H. como modelo interpretativo da própria C.R.P..

Apesar de não conter normas específicas que consagrem concretamente o *ne bis in idem*, a D.U.D.H. não deixa de abranger, de modo geral, a temática dos direitos penais e

⁵²² MIRANDA, Jorge – Os sistemas das Nações Unidas e das organizações especializadas. In *Curso de Direito Internacional Público*. 2.ª Ed. Rev. Cascais: Principia, 2002. ISBN 972-8818-18-1. P. 290 ss.

⁵²³ MACHADO, Jónatas E. M. – Protecção Internacional dos Direitos Humanos. In *Direito Internacional – Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN972-32-1276-5. P. 319 ss.

⁵²⁴ MACHADO, Jónatas E. M. – Protecção Internacional dos Direitos Humanos. In *Direito Internacional – Do paradigma clássico (...)*, *Op.cit.*, p. 319 ss.

processuais penais, nomeadamente em sede dos art.º 8.º e 11.º, n.º 1 e 2 da D.U.D.H.⁵²⁵, e que agora reproduzimos: Art.º 8.º: “Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela constituição ou pela lei.” Art.º 11.º: “1 – Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. 2 – Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática não constituíam acto delituoso à face do Direito Interno ou Internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido”.

3.1.3.2. – O valor internacional do princípio *ne bis in idem*

O princípio *ne bis in idem*, de um modo geral, encontra-se previsto das disposições legais internas da maioria dos países, onde se prevê que um agente punido e julgado por um facto não poderá ser duplamente punido pelo mesmo facto (efeito negativo do princípio). Todavia, este princípio tem visto a sua esfera de influência limitada às jurisdições nacionais. De facto, a proibição de segundo julgamento, no Estado X, do agente já condenado pelo Estado Y, pela prática do mesmo facto, é uma disposição acolhida por um número limitado de Estados.

Podemos, então, concluir que o efeito positivo do princípio se manifesta pelo reconhecimento total da sentença proferida pelo tribunal estrangeiro ou, pelo menos, do seu reconhecimento para efeitos de redução de pena (tendo em conta a pena cumprida no outro Estado).

Contudo, o afastamento deste princípio nas relações entre os Estados tem vindo a ser questionado, o que motivou a elaboração de convenções internacionais visando a regulação da aplicação interestadual deste princípio. Consequentemente, passaram a distinguir-se dois níveis⁵²⁶ distintos de aplicação internacional:

- Plano Horizontal – refere-se à aplicação do princípio nas relações entre os diferentes Estados;

⁵²⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8.

⁵²⁶ SPINELLIS, Dionysios - The *ne bis in idem* principle in global instruments: global report / Dionysios Spinellis. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.1149-1162; Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

- Plano Vertical – regula a aplicação do princípio nas relações entre Tribunais Internacionais e Tribunais Nacionais. Estas relações são caracterizadas como verticais visto que os Tribunais Internacionais são regulados por normas internacionais, consideradas hierarquicamente superiores à ordem interna dos Estados.

O valor internacional da regra *ne bis in idem* espelha-se, essencialmente, no papel que desempenha ao nível da prevenção de conflitos de competência jurisdicional dos Estados. Contudo, como acabamos de verificar, nem todos os Estados reconhecem a aplicação internacional deste princípio, mesmo no caso dos Estados membros do Conselho da Europa. Verifica-se, no entanto, a ratificação, por um número restrito de Estados, de uma série de convenções do Conselho da Europa, nomeadamente os art.º 53.º a 55.º da Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais de 1970 e os art.º 35.º a 37.º da Convenção Europeia sobre a Transmissão de Processos Penais de 1972.

No plano internacional, estas disposições constituem o sistema mais avançado do reconhecimento internacional do princípio, cujas fragilidades se traduzem, essencialmente, no seguinte:

- 1) Como já anteriormente referimos, a interpretação expressão «*o mesmo facto*», suscita problemas não apenas no plano nacional, como também a nível internacional.
- 2) A aplicação do princípio apenas às infracções que foram objecto de sentença penal, excluindo do seu âmbito outras reacções por parte das autoridades repressivas; ex: abandono da acção penal.
- 3) Aplicação do princípio limitada às infracções em que foram aplicadas penas de prisão, excluindo todas as outras sanções.

Com vista a reforçar o princípio *ne bis in idem* internacional, foi aprovada, a 25 de Maio de 1987, pelos Estados membros das Comunidades Europeias, uma Convenção que confere mais garantias ao princípio, relativamente às convenções anteriores, prevendo o abaixo exposto:

- 1.º) Quando a infracção é cometida, em parte, no território de outro Estado, passa vigorar o princípio *ne bis in idem* que afasta o princípio da Territorialidade;
- 2.º) Promove-se a consulta recíproca entre os Estados com vista a averiguar se os mesmos factos já foram julgados noutro Estado. Esta consulta poderá harmonizar as diferentes interpretações decorrentes da expressão «*mesmo facto*».
- 3.º) A Convenção permite uma aplicação mais ampla do princípio; ou seja, nos casos em que é permitida uma segunda acção penal pela mesma infracção, ainda aqui o tribunal deve ter

aplicar o princípio *ne bis in idem* e, assim, ter em conta todas as sanções anteriormente infligidas na ponderação da pena a aplicar.

4.º) Esta Convenção, relativamente às anteriores, apresenta a vantagem de ter por único objecto o reconhecimento internacional do princípio *ne bis in idem*⁵²⁷.

⁵²⁷ SCHUTTE, Julian J. E. - O direito internacional público e a competência extraterritorial em matéria penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Trad. Manuel António Lopes Rocha. Lisboa. a3 n.1 (Jan. - Mar.1993). P. 41-47.

3.1.4. – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

Na esfera global existem uma série de instrumentos jurídicos que têm vindo a dispor sobre o *ne bis in idem*. Passaremos a analisá-los, dividindo-os em dois grupos distintos: grupo de instrumentos com efeitos jurídico no plano horizontal ou vertical, consoante a sua incidência se reporte às relações entre os Estados ou entre os Tribunais Internacionais e os Tribunais Nacionais. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é um exemplo de um instrumento com efeito jurídico horizontal. Neste âmbito, trazemos à colação outros instrumentos jurídicos relevantes para o enquadramento do *ne bis in idem* internacional.

3.1.4.1. - Instrumentos com efeito jurídico horizontal

3.1.4.1.1. - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

Este Pacto, de 16 de Dezembro de 1966, foi aprovado, para ratificação, no ordenamento jurídico português, pela lei n.º 29/78, de 12 de Junho. A falta de clareza da norma prevista no art.º 14.º, n.º 7 do Pacto suscita querelas interpretativas no plano internacional. Dispõe o artigo: “Ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infracção da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país”.⁵²⁸.

Na verdade, alguma doutrina e jurisprudência defendem que esta norma deverá ter validade internacional. Contudo, opiniões divergentes têm sido sustentadas por outros autores na Alemanha, Bélgica e Grécia que defendem a restrição da norma ao âmbito nacional bem como a possibilidade de dupla condenação num outro Estado⁵²⁹. De facto, semelhante posição tem sido defendida pelo Comité das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Em suma, e tendo em consideração as decisões dos tribunais nos diferentes Estados, pode concluir-se que a opinião maioritária é no sentido de considerar o art.º 14.º, n.º 7 com eficácia meramente interna, nacional. A opção por esta posição muito se fica a dever à redacção imprecisa da

⁵²⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar – P.I.D.C.P. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P 24 ss.

⁵²⁹ SPINELLIS, Dionysios - The *ne bis in idem* principle in global instruments: global report / Dionysios Spinellis. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.1149-1162; Relatório apresentado no 17º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

norma que, ao não determinar, por exemplo, o que se deve entender ao certo por “infracção”, poderia conduzir a soluções ambíguas entre os vários Estados.

3.1.4.1.2. - Outras convenções e tratados sobre os direitos humanos, extradição e assistência mútua em assuntos criminais

Dispõem, igualmente, sobre o *ne bis in idem* os seguintes documentos⁵³⁰:

- Convenção Americana para os Direitos Humanos, São José, Costa Rica, 1969, art.º 8.º, n.º 4;
- Normas das Nações Unidas sobre o tratamento de prisioneiros, regra n.º 30;
- Convenção Universal sobre as Publicações Obscenas, art.º 2.º, n.º2;
- Convenção Única sobre as Drogas, art.º 36.º, n.º 2, al. a), IV.

⁵³⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar – P.I.D.C.P. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P 24 ss.

3.1.4.2. - Instrumentos com efeito jurídico vertical

3.1.4.2.1. - Decreto de Nuremberga⁵³¹

O Decreto de Nuremberga constitui-se como um instrumento jurídico do princípio *ne bis in idem* relativamente às relações entre os Tribunais Internacionais e os Tribunais Internos. O Tribunal Militar Internacional, de 1945, regulado por normas hierarquicamente superiores às normas internas alemãs, redigiu o Decreto de Nuremberga que teve um impacto não apenas europeu mas global visto que, de entre os Aliados, se encontra os Estados Unidos da América do Norte, Estado não europeu com influência global.

Apesar de, actualmente, a sua importância ser meramente histórica, trazemos à colação o Decreto de Nuremberga pela validade global das suas disposições:

“Qualquer indivíduo condenado pelo Tribunal poderá ser responsabilizado perante um tribunal nacional, militar ou de ocupação, indicado nos termos do art.º 10º do presente decreto, por um outro crime que não o de pertença a grupo ou associação criminosa; esse tribunal poderá, após a condenação do indivíduo, impor-lhe uma pena independente e adicional à pena prevista pelo presente Tribunal relativa à participação em actividades criminosas desse mesmo grupo ou associação”.

Neste artigo, o efeito do *ne bis in idem* é restrito visto que se verifica apenas ao nível de das condenações por pertença a grupo ou associação criminosa, que seriam de exclusiva competência jurisdicional do Tribunal Militar. Contudo, a essa pena poderiam aglutinar-se outras, aplicadas por outros tribunais, que não incidissem sobre esse facto. A relevância global desta norma traduz-se na aplicação do princípio para lá da esfera interna dos Estados, visto que se reconhece a validade das decisões do Tribunal Militar Internacional.

⁵³¹ SPINELLIS, Dionysios - The *ne bis in idem* principle in global instruments: global report / Dionysios Spinellis. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.1149-1162; Relatório apresentado no 17º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

3.1.4.2.2. - Tribunais *ad hoc*⁵³²

Os Tribunais *ad hoc* constituem órgãos da O.N.U., criados pelo Cap. VII e pelo art.º 29.º da Carta da O.N.U. e têm um carácter de órgão jurisdicional subsidiário na medida em que são independentes quanto ao seu funcionamento mas não já quanto à sua subsistência. De facto, exemplos dessa dependência são os tribunais nacionais internacionalizados⁵³³, cuja actividade revela um esforço por manter a proximidade normativa com o território sob julgamento e, simultaneamente, corresponsabilizar a comunidade internacional.

O cariz subsidiário e dependente dos tribunais internacionais *ad hoc* é destacado pela preponderância do princípio *ne bis in idem* na actuação destes Tribunais. De facto, ao proibir o duplo julgamento, este princípio limita a intervenção dos Tribunais da O.N.U., nos casos em que tenha havido julgamento nacional. Assim, os tribunais *ad hoc* apenas actuam nos seguintes casos: a) Se o crime foi caracterizado crime comum pela jurisdição nacional; b) Se a jurisdição nacional não foi imparcial nem independente; c) Se o procedimento nacional pretendeu furtar o arguido à responsabilidade internacional; d) Se o crime não foi objecto de um procedimento diligente. Verifica-se, então, que estes tribunais apenas intervêm nos casos em que não tenha havido um julgamento que respeite os princípios de Direito Internacional.

Exemplos recentes deste tipo de Tribunais são o Tribunal Criminal Internacional para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda que, nos seus estatutos, revelam o respeito pelo princípio *ne bis in idem*.

Nos termos do art.º 10.º do Estatuto do Tribunal Internacional para a Ex-Jugoslávia⁵³⁴:

“N.º 1 – Ninguém deverá ser julgado perante um tribunal nacional por actos que constituam graves violações à Lei Internacional Humanitária nos termos do presente Estatuto, pelos quais tenha já sido julgado pelo Tribunal Internacional; N.º 2 – O agente que tiver sido julgado por um Tribunal Nacional pela prática de violações graves da Lei Internacional Humanitária poderá ser subsequentemente julgado pelo Tribunal Internacional somente no caso de: a) O facto pelo qual foi julgado seja caracterizado como um crime vulgar; ou b) No caso de os procedimentos do Tribunal Nacional não serem imparciais e independentes; que esse tribunal nacional tenha sido concebido para proteger o agente da jurisdição do Tribunal Criminal Internacional; ou no caso de não ter ocorrido um julgamento diligente. N.º 3 – Na ponderação da pena aplicada ao agente condenado por

⁵³² MACHADO, Jónatas E. M. – Direito Internacional Penal: Experiência dos Tribunais *ad hoc*. In *Direito Internacional – Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN972-32-1276-5. P. 356 ss.

⁵³³ MACHADO, Jónatas E. M., *Op.cit.*, p. 356 ss. Ex.: Tribunal para os crimes cometidos pela UNTAET, em Timor-Leste, 1999; Tribunais Internacionais para a Ex-Jugoslávia e Ruanda.

⁵³⁴ SPINELLIS, Dionysios - The *ne bis in idem* principle in global instruments: global report / Dionysios Spinellis. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.1154-1157. Relatório apresentado no 17º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

um crime previsto nos termos do presente Estatuto, deve o Tribunal Internacional ter em consideração a medida e extensão da pena aplicada por um Tribunal Nacional a esse mesmo agente pela prática desse mesmo facto”.⁵³⁵

⁵³⁵ A semelhança das disposições do Tribunal Internacional para a Ex-Jugoslávia e Ruanda dispensam a referência às normas deste último.

3.1.4.2.3. - Tribunal Penal Internacional ⁵³⁶

A complementaridade da jurisdição do T.P.I. face à jurisdição interna dos Estados encontra base legal logo no art.º 1.º do E.R.T.P.I.:

Art.º 1.º: “(...) *O Tribunal será uma instituição permanente (...), e será complementar das jurisdições penais nacionais.*”⁵³⁷

O art.º 20.º do E.R.T.P.I. consagra o princípio *ne bis in idem*, prevendo as situações de conflito de jurisdição.

O art.º 20.º do T.P.I., referente ao princípio *ne bis in idem*, dispõe de modo diferente dos Tribunais *ad hoc*. Estas divergências ficam, em parte, explicadas pelo princípio da complementaridade, previsto no art.º 17.º, segundo o qual a competência do T.P.I. verifica-se apenas nos casos de incapacidade de um Estado em conduzir e investigar um processo. Assim, a intervenção do T.P.I. não é automática nem prioritária relativamente aos Tribunais Criminais Nacionais⁵³⁸.

Passamos, então, à análise do art.º 20.º ⁵³⁹:

I – O efeito *ne bis in idem* sobre decisões do próprio T.P.I.:

“N.º 1 – (...), *nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido*”.

Proibição de novo julgamento para casos já anteriormente julgados pelo próprio T.P.I.

Exclui, assim, da jurisdição do T.P.I. a pessoa que tenha cometido: “ (...) *actos constitutivos de crimes pelos quais este (T.P.I.) já a tenha condenado ou absolvido.*”⁵⁴⁰

II – O efeito *ne bis in idem* de uma decisão do T.P.I. relativamente a outros tribunais:

“N.º 2 – *Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5.º (genocídio, crime contra humanidade, guerra e agressão), relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal*”.

⁵³⁶ Vide Anexo IV da presente dissertação sobre a Jurisprudência T.P.I.

⁵³⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P.71 ss.

⁵³⁸ SPINELLIS, Dionysios - The *ne bis in idem* principle in global instruments: global report / Dionysios Spinellis. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.1157-1162. (...).

⁵³⁹ A.A.F.D.U.L. - Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. In *Textos de Direito Internacional Público I*. 4ª ed. Rev. Lisboa: A.A.F.D.U.L., 2004. P. 308.

⁵⁴⁰ A.A.F.D.U.L. - Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. In *Textos de Direito Internacional Público I*. 4ª ed. Rev. Lisboa: A.A.F.D.U.L., 2004. P. 308.

Já o n.º 2 proíbe o duplo julgamento do mesmo facto por outro tribunal, nacional ou internacional, de pessoas que tenham sido já julgadas por esse mesmo facto, pelo T.P.I.

III – O efeito *ne bis in idem* de uma decisão de outro tribunal relativamente ao T.P.I.:

“N.º 3 – O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por actos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objectivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça”.⁵⁴¹

O n.º 3 prevê quatro situações de excepção em que é admitida a possibilidade de novo julgamento⁵⁴²: 1 – Iniciativas processuais que tendam a encobrir o delito cometido; 2 – Atrasos injustificados dos procedimentos; 3 – Condução do processo na ausência das necessárias garantias substantivas e processuais; 4 – Aplicação de amnistias e indultos. Dúvidas restam, no entanto, sobre o real significado de conceitos vagos, como será o caso de “intenção”⁵⁴³ previsto na al. b), deste n.º 3.

Á semelhança do que sucede com a C.E.D.H., também o E.R.T.P.I. só é aplicável às condutas posteriores à entrada em vigor do referido Estatuto. A modificação do Direito na pendência de um caso, mas antes de ser proferida a sentença definitiva, determina a aplicação da lei mais favorável à pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P.71 ss.

⁵⁴² GRAMAJO, Juan Manuel - *El estatuto de la Corte Penal Internacional*. Buenos Aires, 2003. *apud* GOUVEIA, Jorge Bacelar – Direito Internacional Penal Processual. In *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático – crítica*. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3593-2. P. 327 ss.

⁵⁴³ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Direito Internacional Penal Processual. In *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático – crítica*. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3593-2. P. 327 ss.

⁵⁴⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: art.º 24.º, n.º 1 e 2. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P.71 ss.

3.1.5 – Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Panorama internacional e comunitário

3.1.5.1. – Direito Internacional

Quando comparada com outros níveis de responsabilidade, a responsabilidade penal internacional do indivíduo é um conceito relativamente recente, vindo garantida uma jurisdição permanente pela criação do T.P.I., com a aprovação do E.R.T.P.I., em 1998⁵⁴⁵. Inserido no âmbito do direito internacional penal processual, o princípio *Res Judicata* encontra-se consagrado em diversos diplomas legais: art.º 6.º, n.º 1 e art.º 4.º do Protocolo Adicional n.º 7, da C.E.D.H.⁵⁴⁶, art.º 20.º, n.º 1 – 3, do E.R.T.P.I.⁵⁴⁷ e art.º 14.º, n.º 7, do P.I.D.C.P.⁵⁴⁸, art.º 29.º, n.º 5, da C.R.P.

No panorama internacional, adquire maior visibilidade o efeito negativo do *res judicata*, i.e., o *ne bis in idem*, merecendo especial atenção os efeitos processuais penais internacionais que produz na jurisdição do T.P.I. Como tribunal de jurisdição complementar⁵⁴⁹ e subsidiária, carecendo de reserva de jurisdição internacional, o T.P.I. intervém sempre e de modo pleno, nos casos em que a ordem jurídica interna é inoperante, não intervindo nos casos em que tenha havido julgamento prévio ou cujo julgamento se encontre ainda a decorrer⁵⁵⁰.

Deste modo, a integração do princípio *ne bis in idem* na jurisdição do T.P.I. tem como efeito: assegurar princípio geral de não ingerência do T.P.I. no *jus puniendi* dos Estados pela proibição de dupla incriminação (sendo que a jurisdição interna dos Estados é primeira e prioritária face à jurisdição do T.P.I.); evitar injustiças decorrentes da dupla incriminação;

⁵⁴⁵ MIRANDA, Jorge – A responsabilidade internacional penal do indivíduo. In *Curso de Direito Internacional Público*. 2.ª Ed. Rev. Cascais: Principia, 2002. ISBN 972-8818-18-1. P.323 ss.

⁵⁴⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Protocolos Adicionais. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P. 47 ss.

⁵⁴⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Op.cit.*, p. 47 ss.

⁵⁴⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P.71 ss.

– Art.º 14.º, n.º 7: “Ninguém pode ser julgado ou punido novamente por motivo de uma infracção da qual já foi absolvido ou pela qual já foi condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país.”

⁵⁴⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Op.cit.*, E.R.T.P.I. - Art.º 1.º, p. 71 ss.

⁵⁵⁰ MACHADO, Jónatas E. M. – Direito Internacional dos Direitos Humanos. In *Direito Internacional – Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN972-32-1276-5. P.315 ss.

concentrar a competência de aplicação das normas de Direito Internacional Penal a um órgão permanente, estruturado e legítimo⁵⁵¹.

⁵⁵¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Direito Internacional Penal Processual. In *Direito Internacional Penal: Uma perspectiva dogmático – crítica*. 1.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3593-2. P. 327 ss.

3.1.5.1.1. – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da O.N.U. em 10 de Dezembro de 1948, constitui um instrumento jurídico internacional que serviu de base à elaboração da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 4 de Novembro de 1950 e transposta para o ordenamento jurídico nacional (de acordo com a versão do protocolo n.º 11) por via da Resolução da A.R. n.º 21/97, de 3 de Maio.

O protocolo n.º 7 da Declaração, de 22 de Novembro de 1984, foi aprovado, para ratificação, pela Resolução da A.R. n.º 22/90, de 27 de Setembro de 1990, e, a partir desse momento, o princípio *ne bis in idem* viu reforçadas, no ordenamento jurídico português, as suas garantias de protecção no plano nacional e internacional. Será, ainda, de relevar o facto de o princípio *ne bis in idem* ocupar uma posição primordial na estrutura sistemática do referido protocolo.

Assim dispõe o art.º 4.º do Protocolo adicional⁵⁵²:

“1 – Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.”

Prevê, contudo, uma excepção:

“2 – As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento.”

Por seu lado, o princípio do caso julgado encontra-se consagrado nos n.º 1 e 2, do art.º 6.º e art.º 4.º do Protocolo Adicional n.º 7, estatuinto que:

Art.º 6.º, n.º 1: *“Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, (...) mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido (...), quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”*

⁵⁵² GOUVEIA, Jorge Bacelar – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Protocolos Adicionais. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P. 47 ss.

N.º 2: *“Qualquer pessoa acusada de infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.”*

Protocolo Adicional n.º 7, art.º 4.º, n.º 1: *“Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.”*

N.º 2: *“As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, (...), se factos novos ou recentemente revelados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afectar o resultado do julgamento.”*

Por outro lado, o T.E.D.H. definiu o âmbito de aplicação da C.E.D.H., determinando quais os actos fonte de responsabilidade internacional dos direitos humanos e de responsabilidade no âmbito das jurisdições nacionais. Assumindo-se com o carácter de *“jurisdição temporal”*⁵⁵³, a C.E.D.H. compreende, entre outros, *“todo o facto ocorrido antes da entrada em vigor da C.E.D.H. em relação ao Estado signatário, mas que tenha um efeito permanente para além dessa data”*⁵⁵⁴, excluindo que está o dever de investigar factos ocorridos antes da entrada em vigor da C.E.D.H. em relação ao Estado signatário.

⁵⁵³ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Nota Prévia Art.º 5.º, Ponto 1. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 55

⁵⁵⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Op.cit.*, p. 55.

3.1.5.1.2. Convenção implementação do acordo de Schengen

O art.º 54.º da Convenção de Implementação do Acordo de Schengen prevê a eficácia transnacional da garantia de aplicação territorial do *ne bis in idem* entre os Estados signatários, dispondo do seguinte modo:

Artigo 54.º: *“Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma parte contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção judicial intentada por uma outra parte contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida.”*

O Capítulo 3 da Convenção de Schengen, relativo à aplicação do princípio *ne bis in idem*, prevê ainda excepções à sua aplicação:

Artigo 55.º: *“1 – Uma parte contratante pode, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da presente convenção, declarar que não está vinculada pelo art.º 54.º num ou mais dos seguintes casos: a) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira tenham ocorrido no todo, ou em parte, no seu território; neste último caso, esta excepção não é, todavia, aplicável se estes factos ocorreram em parte no território da parte contratante em que a sentença foi proferida; b) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira constituam crime contra a segurança do Estado ou de outros interesses igualmente essenciais desta parte contratante; (devendo, neste caso, a parte contratante que adira a esta excepção, especificar as categorias de crime às quais esta excepção pode ser aplicada, nos termos do n.º 2 do art.º 55.º) c) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira tenham sido praticados por um funcionário desta parte contratante em violação dos deveres do seu cargo;”*

O art.º 55.º, n.º 4 estatui uma excepção às excepções previstas no n.º 1. Assim:

“4 – As excepções que foram objecto de uma declaração nos termos do n.º1 não são aplicáveis quando a parte contratante em causa tenha, pelos mesmos factos, solicitado o procedimento judicial a outra parte contratante ou concedido a extradição da pessoa em causa.”

Nos casos de possível afastamento da aplicação do princípio *ne bis in idem*, a Convenção propõe um regime específico, descrito nos art.º 56.º e 57.º da Convenção de Shengen:

Art.º 56.º: *“ Se uma nova acção judicial for intentada por uma parte contratante contra uma pessoa que tenha sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um tribunal de uma outra parte contratante, será descontado na sanção que venha a ser eventualmente imposta qualquer*

período de privação de liberdade cumprido no território desta última parte contratante por esses factos. Serão igualmente tidas em conta, na medida em que as legislações nacionais o permitam, sanções diferentes das privativas de liberdade que tenham já sido cumpridas.”

Art.º 57.º: “1 – Sempre que uma pessoa seja acusada de uma infracção por uma parte contratante e as autoridades competentes desta parte contratante tiverem razões para crer que a acusação se refere aos mesmos factos relativamente aos quais foi já definitivamente julgada por um tribunal de outra parte contratante, essas autoridades solicitarão, se o considerarem necessário, informações pertinentes às autoridades competentes da parte contratante em cujo território já foi tomada a decisão.”

Ressalva, todavia, o art.º 58.º: *“O disposto nos artigos anteriores não prejudica a aplicação das disposições nacionais mais amplas relativas ao efeito ne bis in idem associado às decisões judiciais proferidas no estrangeiro.”*

Ao nível da legislação nacional, a Aplicação Interna da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen é integrada pelo art.º 76.º, da Lei 144/99, de 31.8, da Cooperação Judiciária Internacional, dispondo da seguinte forma: *“O presente capítulo destina-se a regulamentar as disposições da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen relevantes em matéria de extradição, nas relações de Portugal com os outros Estados que também apliquem a Convenção”*.⁵⁵⁵

⁵⁵⁵ A questão da cooperação judiciária internacional, em particular a extradição, será objecto de reflexão no Ponto 4 do presente estudo. ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Nota Prévia Art.º 5.º, Ponto 1. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. CD-ROM, *Justiça Criminal na Legislação e Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

3.1.5.2. – Direito comunitário

3.1.5.2.1. – Princípios gerais do direito comunitário

Além das fontes convencionais de Direito Comunitário, como os Tratados e Convenções entre os Estados-Membros, importa referir as fontes não escritas, como é o caso dos princípios Gerais do Direito Comunitário e os emanados da Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades⁵⁵⁶. De facto, o T.J.C.E. no exercício das tarefas de interpretação e integração de lacunas do direito comunitário recorre, não raras vezes, aos princípios gerais de direito, nomeadamente, aos de Direito Internacional Público, do Direito Interno dos Estados bem como os que deduz da própria ordem jurídica comunitária.

O recurso aos princípios de Direito Internacional Público verifica-se sempre que o T.J.C.E. pretende reafirmar o carácter obrigatório dos tratados ou solucionar o conflito entre tratados comunitários e tratados com países externos à União.

Já o apelo ao Direito Interno de cada Estado, previsto pelo próprio Direito Comunitário⁵⁵⁷, pode ainda ser deduzido pelo T.J.C.E., evitando situações de denegação de justiça ou injustiças geradoras de conflitos entre a jurisdição comunitária e os E.M..

Destes princípios gerais interessa destacar:

- Princípio do Respeito pelos Direitos Fundamentais – consagrado no art.º 6.º, n.º 1 e 2 do T.U.E.⁵⁵⁸, permite que o T.J.C.E. declare inválido ou inaplicável (art.º 230.º, 234.º e 241.º do T.U.E.) qualquer acto comunitário que viole um direito fundamental. Reconhece o T.J.C.E.⁵⁵⁹ *“que fazem parte do direito comunitário os princípios que, segundo as Constituições ou tradições constitucionais dos Estados-Membros considerados no seu conjunto, garantem dos direitos fundamentais”*.
- Princípio do Respeito da Confiança Legítima e da Segurança Jurídica – à semelhança do mesmo princípio no ordenamento jurídico português, este princípio visa assegurar

⁵⁵⁶ CAMPOS, João Luiz Mota de, e CAMPOS, João Mota de – Os princípios Gerais do Direito Comunitário. In *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional, A Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia*. 5.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1484-0. P.343-353.

⁵⁵⁷ Art.º 288.º T.C.E. prevê o reenvio expresso de determinadas matérias para os princípios gerais comuns aos direitos dos E.M., v.g., responsabilidade contratual.

⁵⁵⁸ LOPES, J. J. Almeida – Tratado da União Europeia (Maastricht). In *Tratados Europeus Explicados*. 2.ª Ed. Lisboa: Vislis, 2002. ISBN 972-52-0143-4. P. 363 ss.

⁵⁵⁹ CAMPOS, João Luiz Mota de, e CAMPOS, João Mota de – Os princípios Gerais do Direito Comunitário. In *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional, A Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia*. 5.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1484-0. P.346. T.J.C.E., Ac. 17/12/1970, proc. 11/70, Col. 1970, p. 625 e Ac. 14/05/1974, proc. 4/73, Nold, Col. 1974, p. 283.

estabilidade, segurança e certeza jurídica aos interessados, protegendo os interesses e expectativas legítimos resultantes de um acto comunitário.

- Princípio da Não Retroactividade dos Actos Comunitários – o ordenamento comunitário não prevê, numa primeira análise, a aplicação retroactiva de uma lei mais favorável. Só o fará recorrendo ao direito interno de um E.M. que a preveja. Assim, como princípio geral, o T.J.C.E. reconhece que a legislação comunitária deve ser certa e de aplicação previsível o que impedirá uma aplicação retroactiva das normas.

- Princípio do Respeito pelos Direitos Adquiridos e da Imutabilidade das Situações Jurídicas Subjectivas – decorrência imediata do princípio anterior.

- Princípio da Igualdade e Proporcionalidade – vinculando o T.J.C.E. à exigência de igualdade de tratamento e não discriminação bem como à exigibilidade e necessidade dos actos comunitários, determinando *“em primeiro lugar, se os meios que emprega para alcançar o objectivo correspondem à importância desse objectivo e, em segundo lugar, se são necessários para a sua realização”*.⁵⁶⁰

- Princípio do «stoppel» – prevendo que uma declaração de vontade escrita produz efeitos a partir do momento em que entra regularmente na esfera do destinatário.

Além destes, fica o T.J.C.E. vinculado aos princípios constitucionais da U.E., como o princípio da legalidade e democrático⁵⁶¹.

Pelo art.º 5.º do T.U.E. ficam as Instituições Comunitárias obrigadas ao princípio da Legalidade, pelo que devem exercer *“as suas competências nas condições e de acordo com os objectivos previstos, por um lado, nas disposições dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e dos Tratados e actos subsequentes que alteraram ou completaram e, por outro, nas demais disposições do presente Tratado”*.⁵⁶²

Já o respeito interno, formal e material, pelo princípio democrático e seus subprincípios (Legalidade, Democracia, Respeito pelos Direitos do Homem e pelas Liberdades Fundamentais e Estado de Direito) e pelo direito internacional (C.E.D.H.), constitui *conditio sine qua non* para que um Estado possa aderir à U.E., conforme as disposições conjugadas do art.º 6.º, n.º 1, *ex vi* do disposto no art.º 49.º⁵⁶³ do T.U.E.

⁵⁶⁰ *Idem, Ibidem*, p. 348. T.C.J.E., Princípio da Proporcionalidade, Ac. 23/02/1985, proc. 66/82, *Fromançais*, Col. 1985, p. 395.

⁵⁶¹ CAMPOS, João Luiz Mota de, e CAMPOS, João Mota de – Os princípios Constitucionais da União Europeia. In *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional, A Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia*. 5.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1484-0. P. 261-277.

⁵⁶² LOPES, J. J. Almeida – Tratado da União Europeia (Maastricht). In *Tratados Europeus Explicados*. 2.ª Ed. Lisboa: Vislis, 2002. ISBN 972-52-0143-4. P. 363 ss.

⁵⁶³ *Idem, Ibidem*. P. 363 ss. Art.º 49.º T.U.E.: *“Qualquer Estado Europeu que respeite os princípios enunciados no n.º 1 do art.º 6.º pode pedir para se tornar membro da União.”*

Assegura, ainda, o n.º 2, do art.º 6.º que a União respeita os Direitos Fundamentais “*tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, (...) e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (...)*”.

Qualquer violação ao princípio democrático (art.º 7.º do T.U.E.), pela gravidade que reveste, será submetida ao Conselho Europeu, órgão supremo da comunidade, que verificará o incumprimento, decidindo sobre a pena a aplicar (*v.g.*, suspensão do direito de voto – n.º 2, art.º 7.º T.U.E.).

Conclui-se, então pelo exposto, que o ordenamento jurídico comunitário acolhe, claramente, o princípio da intangibilidade do caso julgado, e bem assim do princípio *ne bis in idem*, como princípios estruturantes, decorrência das suas consagrações como princípios fundamentais no âmbito do Direito Internacional Público⁵⁶⁴, dos ordenamentos jurídicos internos dos E.M.⁵⁶⁵ bem como das fontes escritas⁵⁶⁶ e não escritas de direito comunitário, e jurisprudência do T.J.C.E..

⁵⁶⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Protocolos Adicionais. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P. 47 ss. Art.º 6.º, n.º 1 e art.º 4.º do protocolo adicional n.º 7.

⁵⁶⁵ A título de exemplo: Portugal - C.R.P. art.º 29.º, n.º 4 e 5; Alemanha - StGB § 2.º - Abs. 6, ressalvadas que ficam, as supra mencionadas diferenças de regime quanto à reabertura do caso julgado para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável, proibida na Alemanha. CARVALHO, Américo A. Taipa de – VIII. Medidas de Segurança (C.R.P., Art.º 29.º, N.º 1,3 e 4; C.P., Art.º 1.º, N.º 2, e 2.º). In *Sucessão de leis penais: princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (C.P., art.º 2.º, n.º 4); Normas processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva*. 2.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0. Nota 306, p.209.

⁵⁶⁶ LOPES, J. J. Almeida – Tratado da União Europeia (Maastricht). In *Tratados Europeus Explicados*. 2.ª Ed. Lisboa: Vislis, 2002. ISBN 972-52-0143-4. p. 363 ss. Art.º 5.º, 6.º, 7.º e 49.º do T.U.E.

3.1.5.2.2. – Recepção do direito comunitário: Efeitos práticos

Ainda no âmbito do regime jurídico do T.J.C.E., encontramos a admissibilidade de recurso das decisões do Tribunal de 1.^a Instância e reabertura do processo, ficando reguladas no Estatuto do T.J.C.E.⁵⁶⁷ e no Regulamento de Processo⁵⁶⁸. Contudo, as decisões do T.J.C.E. não se sobrepõem, substituem nem reformam as decisões “*proferidas na ordem interna*”⁵⁶⁹ em que se tenha aplicado direito comunitário por não existir qualquer relação hierárquica entre o T.J.C.E. e as jurisdições nacionais. Não obstante, pode o T.J.C.E. exercer “*censura indirecta*”⁵⁷⁰ em relação aos tribunais nacionais e aos próprios Estados-Membros. Tal entendimento já será diferente quando consideramos a incidência do direito comunitário sobre o direito dos Estados-Membros e, em específico, sobre o Direito penal. De facto, tem vindo a ser cada vez maior a tendência de ‘harmonização’ dos ordenamentos jurídico-penais nacionais como forma de protecção dos interesses comunitários. Contudo, tal harmonização, ainda que sustentada pelos princípios do primado do direito comunitário⁵⁷¹ e da aplicabilidade directa de normas comunitárias, conflitua com a falta de competência da comunidade em matéria penal⁵⁷². Sublevando, por ora, a discussão em torno da legitimidade penal da comunidade, chamamos à colação os efeitos penais negativos e positivos do Direito Comunitário sobre os direitos penais nacionais dos Estados-Membros.

⁵⁶⁷ *Protocolo B Anexo ao Tratado de Nice sobre o Estatuto do T.J.C.E.*, n.º 12001C/PRO/02, art.º 22.º, 56.º, 58.º, 61.º. [Em linha]. Nice: 15 Estados-Membros, 26.02.2011. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=248534:cs&lang=pt&list=464767:cs,464781:cs,248462:cs,248457:cs,248534:cs,248533:cs,248478:cs,248477:cs,248476:cs,248475:cs,&pos=5&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=Nice~B~nice~protocolo~B~&checktexte=checkbox&visu=#texte>. Admitindo o recurso e impondo limites para o mesmo.

⁵⁶⁸ *Idem, Ibidem. Regulamento de Processo do T.J.C.E.*, ainda sobre admissibilidade de recurso, art.º 97.º, 101.º, 111.º - 123.º.

⁵⁶⁹ CAMPOS, João Luiz Mota de, e CAMPOS, João Mota de – Natureza, Composição e Funcionamento do Tribunal de Justiça. In *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional, A Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia*. 5.^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1484-0. P. 180.

⁵⁷⁰ CAMPOS, João Luiz Mota de, e CAMPOS, João Mota de, *Op.cit.*, p. 180.

⁵⁷¹ A propósito, Art.º 8.º, n.º 2 C.R.P.

⁵⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda – A incidência do Direito Comunitário sobre o Direito Penal dos Estados Membros. In *O Direito Penal Europeu Emergente*. 1.^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1574-8. P. 87 ss.

3.1.5.2.2.1. – Efeitos penais negativos – “Neutralização”⁵⁷³

Por efeito penal negativo do direito comunitário deve entender-se o efeito neutralizante que o direito comunitário exerce sobre a norma penal interna. Assim, perante uma norma interna incompatível com uma norma comunitária – por contrariar normas e princípios comunitários, como regulamentos e directivas; ou, ainda, sanções violadoras do princípio da Proporcionalidade e da Não Discriminação –, deve o Estado-Membro determinar-se pela inaplicabilidade da norma interna, no caso concreto⁵⁷⁴. Assim, a existir uma incompatibilidade com o direito comunitário relativo à sanção principal, a norma incriminadora nacional é inaplicável, mesmo nos casos em que já foi proferida sentença transitada em julgado, determinando a abertura do caso julgado, com a consequente cessação de execução e qualquer outro efeito penal. Estando em causa incompatibilidade de penas acessórias, aplicar-se-á a pena principal. Torna-se, pois, urgente a harmonização da interpretação do princípio *res judicata* e *ne bis in idem* em todos os Estados-Membros, assegurando um tratamento igual para todos os cidadãos da comunidade, evitando, assim, a violação do princípio da Igualdade e da Não Discriminação.

⁵⁷³ Terminologia introduzida por Mirreille Delmas-Marty, “Union Européenne et droit pénal”, *Cahiers de droit européen*, 1997, n.º 5 e 6, p. 612. *apud* RODRIGUES, Anabela Miranda – A incidência do Direito Comunitário sobre o Direito Penal dos Estados Membros. In *O Direito Penal Europeu Emergente*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1574-8. Nota 214, p.89.

⁵⁷⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda – A incidência do Direito Comunitário sobre o Direito Penal dos Estados Membros. In *O Direito Penal Europeu Emergente*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1574-8. P.89.

3.1.5.2.2.2. – Efeitos penais positivos – “Assimilação” e “Harmonização”

Assimilação: O art.º 10.º do T.C.E.⁵⁷⁵, ao consagrar o princípio da solidariedade comunitária, legitima o efeito da assimilação na medida em que atribui aos Estados-Membros o dever de tomar “*todas as medidas, gerais ou especiais, capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do (...) Tratado ou resultantes dos actos das instituições da Comunidade*”. Na prática, este dever não atribui qualquer competência penal à Comunidade visto que fica condicionado pela exigência da existência prévia de uma norma penal interna sobre a qual incidirá a norma comunitária semelhante, em momento posterior. Tal significa que, não existindo uma norma penal nacional que tutele um determinado interesse nacional, não fica o Estado-Membro obrigado a elaborar, *ab initio*, uma norma que tutele um interesse comunitário semelhante. Neste sentido, o efeito da assimilação reconduz-se, a final, à questão da interpretação das normas nacionais de acordo com as normas comunitárias que tutelam interesses semelhantes.

Harmonização: Por harmonização entende-se a competência da comunidade na criação de normas que obriguem os Estados a punir determinadas condutas, através da elaboração ou readaptação de normas internas no sentido da norma comunitária que as ordenou. É, então, numa primeira abordagem, atribuição da comunidade a decisão sobre o que deve ou não ser objecto de criminalização, sendo que, aos Estados-Membros fica somente confiada a tarefa de executar a decisão da comunidade, criando normas que criminalizem, em concreto, as condutas indicadas a montante pela comunidade. Tais considerações levantam já reticências quanto à legitimidade da comunidade em matéria penal que se encrespam quando pensamos nas decisões tomadas no âmbito do primeiro pilar (directivas). Na verdade, reconhecer a harmonização no primeiro pilar significa a atribuição imediata e ilegítima de competência em matéria penal à comunidade⁵⁷⁶; porquanto, a harmonização deve desenvolver-se, por ora, no âmbito do terceiro pilar (decisões-quadro) – actividade essa que fica legitimada pelos art.º 95.º, 94.º, 96.º, 280.º, n.º 1 e 4 e 308.º, do T.C.E.⁵⁷⁷ – conferindo aos Estados-Membros, na ausência de efeito directo, a competência para se determinarem quanto aos meios e forma de

⁵⁷⁵ Lopes, J. J. Almeida – Tratado de Roma. In *Tratados Europeus Explicado.*, 2.ª Ed. Lisboa: Vislis, 2002. ISBN 972-52-0143-4. P. 28 ss.

⁵⁷⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda – A incidência do Direito Comunitário sobre o Direito Penal dos Estados Membros. In *O Direito Penal Europeu Emergente*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1574-8. P. 87 ss.

⁵⁷⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Op.cit.*, p. 87 ss.

alcançar os resultados indicados pela comunidade (art.º 34.º, n.º 2, al. a), b) e c), do T.U.E. *ex vi* art.º 249.º T.C.E.)⁵⁷⁸.

Actualmente, a maioria dos Estados considera que a legitimidade para a harmonização dos crimes e das penas é da competência da União, opinião sustentada pelo art.º 31.º, n.º 1, al. e) do T.U.E.⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda – A incidência do Direito Comunitário sobre o Direito Penal dos Estados Membros. In *O Direito Penal Europeu Emergente*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1574-8. P. 87 ss.

⁵⁷⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Op.cit.*, p. 87 ss.

3.1.5.2.3. – Instrumentos jurídicos comunitários

De um modo geral, os textos internacionais são divergentes relativamente à eficácia territorial do caso julgado. Há uma “geografia variável”⁵⁸⁰ da eficácia territorial do caso julgado resultado das obrigações internacionais assumidas pelo Estado Português. Assim, neste âmbito, deverão distinguir-se as diferenças fundamentais nas relações jurídicas mantidas, por um lado, entre o Estado Português e os Membros da EU, com a Noruega, a Islândia e a Suíça vinculados ao *acquis* de Schengen; e por outro lado, a relação do Estado Português com os restantes Membros do Conselho da Europa e com os demais países não europeus.

Nos textos internacionais, o art.º 4.º, n.º 1, do Protocolo Adicional n.º 7 à C.E.D.H. limita a eficácia territorial do *ne bis in idem* às fronteiras de um mesmo Estado. Já a Carta dos Direitos fundamentais da EU prevê a mesma garantia no âmbito territorial de toda a união e o art.º 54.º da Convenção de Implementação do Acordo de Schengen prevê a eficácia transnacional da dita garantia entre os Estado signatários. Sobre o âmbito desta garantia *vide* os processos C-436/04⁵⁸¹, de 9 de Março de 2006, contra Leopold Henri Van Esbroeck e Göztütök/Brügge (C-187/01 e 385/01), ambos jurisprudência do T.J.C.E., que reproduzimos no Anexo III.

De salientar, no processo Van Esbroeck, a clarificação do âmbito de aplicação do princípio *ne bis in idem* previsto no art.º 54.º do Acordo de Schengen. Declara o acórdão que o princípio *ne bis in idem* deve ser respeitado pelo Estado que implementa um procedimento criminal “*por factos que já tenham dado origem à condenação do interessado noutro Estado contratante, mesmo que a referida Convenção ainda não estivesse em vigor neste último Estado no momento em que a referida condenação foi proferida (...)*”. Contudo, exige-se nestes casos que a Convenção esteja já em vigor nos Estados contratantes “*no momento da apreciação das condições de aplicação do princípio ne bis in idem pela instância chamada a pronunciar-se em segundo lugar*”.

Por outro lado, o acórdão do processo Van Esbroeck refere ainda como requisito necessário do *ne bis in idem* a existência de “uma confiança mútua dos Estados contratantes

⁵⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Art.º 375.º, Anotação 7. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P.950.

⁵⁸¹ *Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo C-436/04, 09.032006, contra Leopold Henri Van Esbroeck e Göztütök/Brügge (C-187/01 e 385/01)*. [Em linha]. Luxemburgo: T.J.U.E., 09.03.2006. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-436/04&td=ALL> e MONTE, Mário Ferreira – II) Repertório de Jurisprudência. In *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-413-3. P. 373 ss.

nos respectivos sistemas de justiça penal”. Esta confiança mútua reflecte-se, em última análise, nas situações de “ausência de harmonização das legislações penais nacionais”, traduzindo-se na aceitação da “*aplicação do direito penal em vigor noutros Estados contratantes, ainda que a aplicação do seu direito nacional pudesse conduzir a uma solução diferente*”. Ressalva, ainda, o acórdão, que caberá às instâncias nacionais competentes a apreciação definitiva da identidade dos factos materiais, ou seja, serão estas instâncias que determinarão se “*os factos materiais em causa constituem um conjunto de factos indissociavelmente ligados no tempo, no espaço e pelo seu objecto(...)*”, ou seja, se podem ou não ser considerados ‘o mesmo facto’ para efeitos de aplicação do princípio *ne bis in idem*.

No entender de Pinto de Albuquerque⁵⁸², nos termos desta decisão do T.J.C.E., “o princípio *ne bis in idem*, consagrado no art.º 54.º da Convenção tem de ser aplicado no processo criminal instaurado num Estado Membro por actos (tráfico de droga da Bélgica para a Noruega) pelos quais a pessoa já foi condenada noutro Estado Membro mesmo que a Convenção não estivesse em vigor no Estado Membro na data da condenação, desde que a Convenção esteja em vigor nos dois Estados Membros à data em que no segundo processo se colocar a questão da aplicabilidade do *ne bis in idem*.”⁵⁸³

O princípio *ne bis in idem* também se aplica nos seguintes casos:

- No processo criminal instaurado num Estado Membro por actos (tráfico de droga de Itália para os Países Baixos) pelos quais a pessoa já foi absolvida noutro Estado Membro por falta de prova; (caso Van Straaten, C-150/05, decisão 28.9.2006);
- No processo criminal aberto num Estado Membro contra um arguido já condenado por sentença transitada em julgado noutro Estado Membro que não pode ser executada devido à prescrição ou amnistia, de acordo com a lei do Estado da condenação (caso Bourquain, C-297/07, decisão 11.12.2008);

O princípio *ne bis in idem*, do art.º 54.º da Convenção de Schengen não se aplica no seguinte caso:

- O *ne bis in idem* não se aplica a uma decisão judicial de arquivamento de processo, tomada com base numa decisão do M.P. de não prosseguimento da acção penal por ter sido instaurado processo criminal noutro Estado Membro contra o mesmo arguido e pelos mesmos factos (tráfico de 30 kg de heroína da Holanda para Itália), sem qualquer determinação quanto ao

⁵⁸² ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Art.º 375.º, Anotação 7. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P.950.

⁵⁸³ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Op.cit.*, p. 950.

mérito do caso neste processo (caso Miraglia, C-469/03, decisão 10.3.2005);⁵⁸⁴ O afastamento da aplicação do *ne bis in idem* a decisões judiciais de arquivamento do processo com base numa decisão do M.P. vem reforçar a distinção entre a força do caso julgado e do caso decidido⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Art.º 375.º, Anotação 7. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P.950.

⁵⁸⁵ Conforme exposto, a propósito, no decurso do primeiro capítulo do presente estudo, na parte em que se refere ao Código de Processo Penal no caso Português.

3.2. – República Popular da China – Princípio *ne bis in idem* como garante da soberania e segurança Estatal. Diplomas Legais.

À semelhança do método utilizado para a análise do princípio *ne bis in idem* como princípio fundamental no ordenamento jurídico português, também aqui faremos um périplo pelos diplomas legais que se referem ao princípio *ne bis in idem* ou que contenham indícios deste princípio, no ordenamento jurídico da R.P.C.. Demonstramos ainda o diferente entendimento e enquadramento do *ne bis in idem* no ordenamento da RPC quando comparado com o ordenamento jurídico português.

3.2.1. – Constituição da R. P. C.

Dos quatro textos constitucionais da R.P.C. (1954, 1978, 1979, 1982), importa agora destacar a Constituição de 1982 bem como as duas revisões constitucionais de 1999 e 2004. Contudo, ressaltamos, desde já, que em nenhuma das Constituições nem revisões constitucionais vem consagrado o princípio *ne bis in idem* como princípio fundamental. Ainda assim, aproveitamos para fazer um breve apontamento sobre a mais relevante das Constituições (a nosso ver, a Constituição de 1982 e suas revisões) no que se refere aos avanços verificados na problemática dos direitos fundamentais dos cidadãos.

De um modo geral, a constituição de 1982 marca o corte com a Revolução Cultural e o início da liderança de Deng Xiaoping e de políticas de desenvolvimento económico. Como afirmou Deng Xiaoping em Agosto de 1980 numa reunião do P.C.C., a ideia base para a revisão da Constituição deveria ir no sentido de uma Constituição “*mais completa e precisa, por forma a efectivamente assegurar o direito do povo em gerir os órgãos estatais a todos os níveis bem como as diversas empresas e instituições, com o fim de garantir ao nosso povo o gozo pleno dos seus direitos enquanto cidadãos, de permitir às diferentes nacionalidades o exercício genuíno da autonomia regional, etc. O princípio da prevenção da sobre-concentração de poderes também irá ser objecto da próxima revisão constitucional*”.⁵⁸⁶ De facto, uma das maiores preocupações do Comité de Revisão foi a prevenção da repetição da Revolução Cultural. Surgiram, contudo, debates sobre quais deveriam ser os princípios da revisão. Em Outubro de 1981, Pen Xhen, membro do partido que controlou directamente a revisão, destacou quatro princípios para a revisão: primeiro, a Constituição deveria dirigir-se à

⁵⁸⁶ *Selected works of Deng Xiaoping (1875-1982) apud CHEN, J. – Constitutional Law. In Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. Nota 81, p. 68.*

realidade chinesa mas, simultaneamente, ter em conta a experiência estrangeira absorvendo todos os aspectos positivos das constituições dos países estrangeiros; segundo, a Constituição deveria conter apenas as previsões estritamente necessárias, previsões essas que poderiam ser determinadas no momento da revisão mas que deveriam focar-se no fortalecimento da unidade nacional, estabilidade social e a implementação das “Quatro Modernizações” ou “*Quatro princípios Cardeais*”⁵⁸⁷ de Deng Xiaoping; terceira, a Constituição de 1954 deveria ser usada como alicerce da revisão introduzindo-se, contudo, as alterações necessárias que reflectissem a realidade do presente; por último, os “*Quatro princípios Cardeais*” deveriam ser usados como modelo de referência para a revisão⁵⁸⁸.

Assim, a Constituição de 1982 é essencialmente uma Constituição ‘Denguista’ na medida em que incorpora as ideias que Deng Xiaoping tinha para a modernização da R.P.C., i.e., estabilidade social, desenvolvimento económico e abertura ao exterior. Prova disso é o ênfase colocado na modernização socialista como tarefa nacional fundamental e a integração, no Preâmbulo da Constituição, dos “*Quatro princípios Cardeais*”. De facto, os princípios fundamentais e contraditórios que nortearam a Constituição de 1982 foram a supremacia da Constituição, prevista no art.º 5.º, e os “*Quatro princípios Cardeais*”⁵⁸⁹.

O art.º 5.º dispunha que “*nenhuma lei ou regra administrativa ou regulamento poderá contradizer a Constituição e todos os órgãos estatais, as forças armadas, todos os partidos políticos, todas as organizações, todas as empresas e instituições devem reger-se pela Constituição e pela lei. A Constituição do Partido, nos termos em que foi adoptada no 12.º Congresso no dia 6 de Setembro de 1982, especifica igualmente que o Partido deve conduzir os seus assuntos e actividades dentro dos limites da Constituição e da lei.*” Parece, pois, que a actuação do Partido, a nível teórico, tem de obedecer à Constituição e à lei.

Os “*Quatro princípios Cardeais*” de Deng Xiaoping em representação do Comité Central do Partido, foram apresentados numa conferência em Março de 1979, onde afirmou que: “*O Comité Central [do Partido] mantém que, de modo a implementar as quatro modernizações na China, devemos fixar-nos ideológica e politicamente nos quatro princípios cardeais. Este é o pré-requisito básico para atingir a modernização. Os quatro princípios são: 1. Devemos manter-nos no rumo socialista; 2. Devemos defender a ditadura do proletariado; 3. Devemos defender a liderança do Partido Comunista; 4. Devemos defender o Marxismo-Leninismo e os pensamentos de Mao Zedong.*”⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – O reforço do sistema legal e o regresso às campanhas. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 328. ss.

⁵⁸⁸ CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 67-95.

⁵⁸⁹ CHEN, J., *Op.cit.*, p.70-72.

⁵⁹⁰ CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 70.

Apesar das críticas, Deng Xiaoping insistiu para que estes princípios, emanção do Partido, fossem reduzidos a escrito no texto constitucional e, simultaneamente, defendeu a separação do Partido e do Governo. Assim, a Constituição de 1982 adquiriu uma prática comum a outros países socialistas, ou seja, a liderança do Partido fica reconhecida na Constituição sendo que o exercício do poder é prosseguido através de métodos extra-constitucionais. A omissão de normas específicas sobre a liderança do partido na Constituição de 1982, anteriormente previstas nos textos constitucionais de 1975 e 1978, parece reflectir o reconhecimento, por parte dos líderes do partido, de que os militantes do partido compõem apenas uma pequena parte da população da R.P.C.. Foi com base nesta constatação que os líderes do partido consideraram que a transposição das políticas para a lei, ao longo das várias legislaturas, constituía uma prática mais democrática e legitimadora do que o controlo directo do funcionalismo do Estatal pelo partido. De facto, o congresso ou o parlamento na visão do constitucionalista chinês Zhang Youyu⁵⁹¹ corresponderia, num outro qualquer país democrático, ao partido da maioria. Assim, e por muito vago e ambíguo que possa parecer, o reconhecimento do papel de liderança do partido seria suficiente para alcançar todos os fins práticos. De facto, refere J. Chen⁵⁹², uma das normas constitucionais não escritas na R.P.C. refere-se aos assuntos relacionados com o Estado, tais como as norma relativas à revisão da Constituição que são, normalmente, de iniciativa do partido ainda que decididas pela legislatura. Estas disposições constitucionais não escritas parecem sugerir que o verdadeiro poder reside no partido mas é exercido em nome do Estado. Contudo, para o constitucionalista chinês Zhang Youyu⁵⁹³ este sistema em nada difere dos sistemas de governo parlamentar ocidentais. Ao contrário, para J. Cheng⁵⁹⁴, subsistem diferenças fundamentais. Desde logo, o controlo do Partido sobre a legislatura do Estado não resulta de eleições populares mas de uma pré-imposição do próprio Partido, o que colide com qualquer doutrina que defina um governo democrático. Por outro lado, as revisões constitucionais operam de acordo com o programa do Partido de onde emanam os seus princípios. Por fim, o partido actua sobre a Constituição e não sob a Constituição, o que significa que a interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais estão concebidas para fundamentar a

⁵⁹¹ ZHANG, Youyu - *Strengthening the Research on Constitutional Theories*. Chinese Society of Legal Science. *apud* CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 71.

⁵⁹² CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 71.

⁵⁹³ ZHANG, Youyu - *Strengthening the Research on Constitutional Theories*. Chinese Society of Legal Science. *apud* CHEN, J., *Op.cit.* P. 71.

⁵⁹⁴ CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 71-72.

liderança do partido afastando quaisquer mecanismos que possam contestar essa mesma liderança e estabelecendo que a Constituição deve ser interpretada de acordo com os Quatro Princípios Fundamentais. Conclui-se, pelo disposto, que a questão dos Direitos e Deveres Fundamentais⁵⁹⁵ é um organismo vivo ainda em evolução na R.P.C.

O capítulo segundo da Constituição de 1982 tem como título Direitos Fundamentais e Deveres dos Cidadãos. Aparentemente, as disposições deste capítulo podem ser comparáveis ao disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem na medida em que prevê os direitos fundamentais da igualdade perante a lei, direito a votar e ser eleito, liberdade de expressão, de imprensa, de reunião e de associação, liberdade de se manifestar e liberdade religiosa. Refere-se também à protecção da segurança e dignidade pessoal bem como a liberdade pessoal de comunicar. Contempla, ainda, o direito ao trabalho e ao descanso, à segurança social depois da reforma e à educação. São atribuídos iguais direitos para as mulheres e emigrantes chineses. Apesar de nos depararmos com uma extensa lista de direitos, devemos não esquecer que na Constituição da R.P.C. não existe o conceito de ‘direitos residuais’ ou ‘direitos naturais’ pelo que todos os direitos são direitos legais, ou seja, direitos são apenas aqueles que a lei positivada prevê. De acordo com relatórios de organizações internacionais de direitos humanos⁵⁹⁶, activistas de direitos humanos e dissidentes chineses, é claro o abismo entre a lei e a realidade⁵⁹⁷. Contudo, há que reconhecer os avanços implementados na Constituição de 1982: primeiro, as disposições relativas aos direitos dos cidadãos foram transferidas do capítulo três para o capítulo dois, imediatamente a seguir aos princípios fundamentais; segundo, o número de artigos relativos aos direitos dos cidadãos aumentou consideravelmente ao longo das revisões constitucionais (dezanove artigos na Constituição de 1954, 4 artigos na Constituição de 1975, dezasseis artigos na Constituição de 1978 e 24 artigos na Constituição de 1982). Para Cheng⁵⁹⁸, esta evolução tem por base, em parte, a real preocupação com segurança e dignidade dos cidadãos de forma a evitar a repetição de abusos e tratamentos cruéis verificados durante a Revolução Cultural. Contudo, e no entender deste autor, a verdadeira motivação para o reforço dos direitos dos cidadãos

⁵⁹⁵ CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 90-93.

⁵⁹⁶ KEITH, Ronald C. – *China's Struggle for The Rule of Law*. New York: St. Martin's Press, 1994. P. 55-58. apud CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 91, Nota 274.

⁵⁹⁷ CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 91, Nota 274. Relatórios de organizações como a Asia Watch, Amnistia Internacional, Comissão Internacional de Juristas, Departamento do Estado dos E.U.A.

⁵⁹⁸ CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 90-92.

reside na necessidade de reconstrução da legitimidade e fortalecimento do partido bem como a construção de uma ordem social estável que permitisse um desenvolvimento económico gradual. É também de salientar que o termo ‘direitos humanos’ foi utilizado pela primeira vez na R.P.C. após os acontecimentos de Tian’an men, a 4 de Junho de 1989, que motivou a elaboração de um projecto de lei em 1991 intitulado “*Direitos Humanos na China*”⁵⁹⁹. Neste documento, o uso da expressão, ‘direitos dos cidadãos’ em vez de ‘direitos humanos’ não é inócua na medida em que possui um alcance prático. No âmbito deste documento, o termo ‘direitos dos cidadãos’ rejeita implicitamente a universalidade dos direitos humanos e pressupõe a natureza classista dos direitos dos cidadãos, o que legitima a diferenciação dos cidadãos de acordo com os direitos da sua classe e a exclusão dos estrangeiros e apátridas da R.P.C. Um exemplo do que vimos dizendo, é a interpretação que vem sendo dada ao princípio da igualdade perante a lei no texto da Constituição da R.P.C. O princípio da igualdade foi plasmado a primeira vez no art.º 4.º da Constituição de 1934 mas era apenas uma igualdade da classe trabalhadora. Em 1949, a igualdade era uma igualdade de racial e género e em 1954 a Constituição fala de igualdade dos cidadãos na lei. Esta disposição foi eliminada dos textos constitucionais de 1975 e 1978 mas recuperado na Constituição de 1982 que plasmou a igualdade dos cidadãos ‘perante’ a lei e já não a igualdade dos cidadãos ‘na’ lei. Esta mudança aparentemente irrelevante significa que a igualdade dos cidadãos situa-se apenas no momento em que a lei lhes é aplicada, não existindo igualdade quanto à elaboração de leis visto que essa é uma actividade que pertence ao Estado alicerçado no partido.

A jurisprudência chinesa tem vindo a enfatizar o princípio Marxista da ‘unidade de direitos e deveres’ que se traduz na limitação do exercício dos direitos e liberdades sempre que, nos termos do art.º 51.º da Constituição de 1982, “*entrarem em conflito com os direitos do Estado, da sociedade e do colectivo, ou com os direitos e liberdades de outros cidadãos*”. O exercício de direitos em violação dos “Quatro princípios Cardeais” seria igualmente inconstitucional. Um ilustrativo exemplo de conflito entre direitos dos cidadãos e do Estado foi a condenação da manifestação na Praça de Tian’an men pelas autoridades com base na infracção de direitos de segurança pessoal, destruição da propriedade do Estado e violação dos interesses do Estado. Assim, a Constituição de 1982, apesar de ter o mérito de introduzir no seu texto princípios e direitos fundamentais também deixou claro que os interesses do

⁵⁹⁹ KEITH, Ronald C. – *China’s Struggle for The Rule of Law*. New York: St. Martin’s Press, 1994. P. 66-72, apud CHEN, J. – *Constitutional Law. In Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 91, Nota 274.

Estado, interpretados como os interesses das próprias autoridades estatais, estão acima dos direitos dos cidadãos e dos indivíduos⁶⁰⁰.

Com os eventos de Tian'an men, o discurso reformista de Deng Xiaoping recuou para ser retomado em 1992 em que Deng deu um novo impulso aos elementos liberais do partido. Resultado das lutas entre a ala conservadora e liberal do partido, Deng formulou o princípio de que a fase inicial do socialismo se manteria por, pelo menos, cem anos. A revisão constitucional de 1993 limitou-se a registar que o país ainda se encontrava na fase inicial do socialismo e que aí se manteria durante um longo período de forma a consolidar as novas plataformas jurídica e política e assim alcançar novos avanços na área económica⁶⁰¹.

De um modo geral, a revisão de 1999 teve como tarefa prioritária, nesta fase inicial do socialismo, o desenvolvimento das forças produtivas para tal adoptando políticas de reforma e abertura, conciliar a propriedade socialista com outras formas de propriedade e permitir diferentes modalidades de remuneração, compatíveis com os diferentes sectores da economia, tipos de propriedade e de gestão⁶⁰².

Já a revisão de 2004 foi responsável pela alteração política mais significativa com a introdução do art.º 33.º que impõe ao Estado o respeito pelos direitos humanos. Esperamos, pois, que uma próxima revisão constitucional ou processual penal venha a consagrar o princípio *ne bis in idem* como princípio fundamental, a par com muitos outros princípios, nomeadamente, o princípio da presunção de inocência, fonte de inúmeros debates da jurisprudência⁶⁰³.

⁶⁰⁰ CHEN, J. – Constitutional Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P. 90-93.

⁶⁰¹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A revisão constitucional 1999. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 528-534.

⁶⁰² PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A revisão constitucional de 2004. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P.534-535.

⁶⁰³ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Da terceira para a quarta geração. A via para a sociedade harmoniosa. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 554-556.

3.2.2. – Código Penal

O Código Penal da R.P.C. aprovado a 1 de Julho de 1979 sofreu uma profunda revisão a 14 de Março de 1997⁶⁰⁴, contudo, continuou a não consagrar explicitamente o *ne bis in idem* como princípio fundamental, como vimos no primeiro capítulo. Existe, todavia, um vislumbre ténue deste princípio no corpo do art.º 10.º. Tal poderá, eventualmente, significar o advento de correntes menos conservadoras. De facto, o Código Penal da R.P.C., na revisão de 1997 não refere explicitamente o princípio *ne bis in idem*. Todavia, este princípio tem vindo a ser largamente aceite pela teoria processual penal e seguido por algumas práticas processuais na R.P.C.. De facto, o corpo do art.º 10.º do C.P. 1997, estipula que: “*Aquele que cometer um crime fora do território e águas territoriais chinesas, poderá ainda ser investigado pela sua responsabilidade criminal nos termos desta Lei, mesmo no caso de já ter sido julgado por um tribunal estrangeiro pela prática do mesmo facto; contudo, se já lhe tiver sido aplicada uma pena pelo tribunal estrangeiro, a Lei chinesa pode suspender-lhe ou reduzir-lhe a pena que seria aplicada em território chinês*”⁶⁰⁵. De acordo com esta disposição, em caso de conflito de jurisdição internacional, a eventual responsabilidade criminal de um suspeito da prática de um crime pode vir a ser investigada e punida pelas lei penais chinesas, contanto que o suspeito resida em território chinês ou seja extraditado para a R.P.C. dentro do prazo para acusação da lei penal da R.P.C. e independentemente de já te sido julgado por um tribunal estrangeiro de um país estrangeiro. Consequentemente, como anteriormente concluímos, o princípio *ne bis in idem* não é aplicado nestes casos. Esta disposição tem como objectivo proteger a soberania, segurança e interesses do Estado e dos cidadãos. De facto, no entender alguns académicos não é razoável um juiz da R.P.C. reconhecer sentenças de tribunais estrangeiros. Na sua opinião, tais sentenças penais estrangeiras são olhadas como um mero facto e possuem apenas um valor consultivo. Não obstante, não nos parece que esta seja uma opinião minimamente convincente do ponto de vista doutrinário. Nisto concordamos com Zhang Jun, Shan Changzong e Miao Youshui⁶⁰⁶. Na verdade, uma reflexão ponderada do art.º 10.º permite-nos concluir que o art.º 10.º do C.P. da R.P.C. na sua revisão de 1997 não exclui explicitamente o reconhecimento de sentenças criminais estrangeiras, deixando apenas

⁶⁰⁴ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Cronologia da China dos séculos XX e XXI. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 557-568.

⁶⁰⁵ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

⁶⁰⁶ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui, *Op.cit.*, p. 865-872.

clara a possibilidade de a sentença aplicada pelo tribunal estrangeiro ser afastada ou reduzida.

Assim, ao não excluir explicitamente o reconhecimento de uma sentença do tribunal estrangeiro, podemos falar aqui de uma espécie alternativa de reconhecimento do princípio *ne bis in idem*, um reconhecimento pela negativa. Apesar de este tipo de reconhecimento não afectar nem restringir o poder punitivo do Estado em matéria penal, o facto é que o resultado dos julgamentos pelos tribunais nacionais são ainda afectados pela natureza da execução da sentença do tribunal criminal estrangeiro na medida em que os tribunais nacionais terão de afastar ou reduzir a sentença do tribunal estrangeiro. E isto é já uma espécie de reconhecimento. Reconhecimento negativo, mas reconhecimento. Concluimos, pois, que as posições que defendem que a sentença do tribunal estrangeiro não é reconhecida pelo juiz da R.P.C. são posições que padecem de inexactidão, uma falácia doutrinária. Deste modo, podemos afirmar que o art.º 10.º exclui apenas a consagração explícita, de reconhecimento positivo, do *ne bis in idem* como princípio fundamental visto que não o exclui em toda a sua dimensão, abrindo caminho para um reconhecimento negativo⁶⁰⁷. Solução próxima também existe na legislação penal de outros países como é o caso do Japão⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha). P. 865-872.

⁶⁰⁸ A este propósito, remetemos para o primeiro capítulo da presente dissertação, na parte em que se refere ao Japão.

3.2.3. – Código de Processo Penal

Não obstante, a revisão do C.P.P. de 1996, a moderação de políticas do sistema penal e a abertura do mercado chinês ao exterior, o princípio *ne bis in idem* não encontrou consagração no C.P.P. da R.P.C. enquanto princípio fundamental. Não obstante não ter sido considerado um princípio fundamental, o *ne bis in idem* é aplicado no âmbito das leis processuais penais e outros regulamentos⁶⁰⁹, como é o caso da Lei de Extradicação da R.P.C., do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Tratado de Extradicação entre a R.P.C. e a Rússia, objecto de análise ainda no capítulo três da presente dissertação.

No âmbito do Direito Processual Penal, chamamos novamente à colação o art.º 15.º do C.P.P. na sua revisão de 1996⁶¹⁰ que dispõe que, em nenhuma das seguintes circunstâncias deverá ser investigada a responsabilidade criminal⁶¹¹: 1) Se a investigação já teve início, o caso deverá ser arquivado, a acusação não deverá prosseguir, o tratamento do caso deverá terminar ou deverá ser declarada a inocência; 2) Se o prazo para o procedimento criminal expirou; 3) Se foi concedida uma isenção de pena por decreto especial de amnistia; 4) Se o procedimento for dependente de queixa nos termos da Lei Penal mas não tiver existido queixa ou se a queixa foi retirada; 5) Se o arguido morreu; 6) Se outras leis prevêm uma isenção da investigação da responsabilidade criminal. Em termos de aplicação prática, o elenco destas situações se, por um lado, não excepciona duplo julgamento pela prática do mesmo facto, deixando em aberto a possibilidade de reabertura da investigação criminal (e bem assim, de todo o processo penal *ab initio*) de factos já transitados em julgado, como vimos anteriormente no primeiro capítulo; por outro lado, afasta a possibilidade de reabertura da investigação criminal em casos taxativamente previstos na Lei processual penal. Assim, o art.º 15.º do C.P.P. da R.P.C. de 1996 prevê a aplicação do *ne bis in idem* a casos restritos, taxativamente previstos e sem consagrar o princípio *ne bis in idem* como princípio fundamental.

⁶⁰⁹ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - China's theory and practice on *ne bis in idem*. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

⁶¹⁰ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui, *Op.cit.*, p. 865-872.

⁶¹¹ ZHOU, Zhen Xiong – General provisions. In *The Criminal Procedure Law of the People Republic of China*. Chicago: Office of International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, 1998. ISBN 0-942511-81-6. p. 3-4.

Seguindo de perto a doutrina de Zhang Jun, Shan Changzong e Miao Youshui⁶¹², importa agora compreender de que forma o *ne bis in idem* é recebido no C.P.P. da R.P.C. de 1996. Interessa, pois, observar quais os pré-requisitos⁶¹³ e o âmbito de aplicação⁶¹⁴ do *ne bis in idem* na Lei processual penal da R.P.C..

Em termos de pré-requisitos, o elemento primordial do *ne bis in idem* é a questão de saber a que se refere a expressão “o mesmo facto” que é igualmente o pré-requisito para a aplicação do *ne bis in idem*. De um modo geral, podemos definir “o mesmo facto” como sendo os mesmos factos praticados pela mesma pessoa. Aprofundando um pouco mais o significado desta expressão no ordenamento jurídico-processual penal, destacamos duas questões:

Primeira, “o mesmo facto” inclui qualquer facto que tenha sido confirmado por uma ordem ou julgamento efectivo⁶¹⁵. Um facto que não tenha sido avaliado por um julgamento efectivo não pode beneficiar da aplicação do *ne bis in idem*. Por exemplo, nos termos do art.º 70.º e art.º 71.º do Código Penal de 1997 da R.P.C.⁶¹⁶, depois de ter sido proferida a sentença mas antes de a pena ter sido cumprida na totalidade, se se descobrir que antes de a sentença ter sido pronunciada o criminoso tinha cometido um crime pelo qual não havia sido julgado, deve ainda julgar-se e proferir-se uma sentença para o crime recentemente descoberto. Do mesmo modo, depois de ter sido proferida uma sentença mas antes de a pena ter sido cumprida na totalidade, se o criminoso cometer um crime novamente, deve ter início um novo julgamento para o crime recentemente cometido. Observadas estas circunstâncias, o crime recentemente descoberto ou o crime recentemente cometido devem ser olhados como tratando-se de “o mesmo facto”.

Segunda questão, o denominado “mesmo facto” na Lei Processual Penal da R.P.C. não só engloba factos que constituem crime mas também factos que não constituem crime. Estes

⁶¹² ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - China's theory and practice on *ne bis in idem*. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.868-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

⁶¹³ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui, *Op.cit.*, Ponto III, p.869-870.

⁶¹⁴ *Idem*, *Ibidem*, p.869-870.

⁶¹⁵ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - China's theory and practice on *ne bis in idem*. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.868-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

⁶¹⁶ *Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

factos que não constituem crime são uma espécie de ‘factos de comportamento’ sendo que o âmbito que distingue estes factos traduz-se no comportamento do arguido.

Terceira e última questão, a expressão “mesmo facto”, no âmbito de aplicação do *ne bis in idem*, relaciona-se obrigatoriamente com a mesma pessoa, com o mesmo arguido. Se o facto se relaciona com mais do que um arguido, como será o caso da comparticipação criminosa onde o crime foi alegadamente cometido por duas ou mais pessoas, nestes casos o mesmo crime pode ser julgado separadamente sem que a acusação viole o princípio *ne bis in idem*.

No que se refere ao âmbito de aplicação⁶¹⁷ do *ne bis in idem* podemos afirmar que compreende o sujeito e o objecto do princípio. Na R.P.C., o único sujeito com competência para aplicar o *ne bis in idem* é o tribunal da R.P.C.. As decisões tomadas por outros órgãos, por órgãos estatais como será o caso dos órgãos administrativos, não activam o efeito do *ne bis in idem* no âmbito das suas decisões. Exemplo disso será o art.º 24.º do Código Penal Administrativo da R.P.C. que determina que não pode ser aplicada duas ou mais vezes, às partes envolvidas, uma pena administrativa de pagamento de multa por apenas um acto ilegal. De facto, estamos perante o princípio de proibição de dupla penalização pela prática do mesmo facto estipulado como crime administrativo pela Lei Penal Administrativa. Contudo, este princípio administrativo não indica que a decisão condenatória administrativa tomada por um órgão administrativo tenha o efeito de excluir ou afastar um processo-crime iniciado pelo Tribunal. Não podemos ignorar que o art.º 28.º da Lei Penal Administrativa dispõe que, nos casos em que os sujeitos, cujo cúmulo de actos ilegais tenha resultado em detenção administrativa ordenada por um órgão administrativo e que tenha sido igualmente condenado a detenção ou prisão por um tribunal, poderão ver os termos penais da sua detenção ou prisão reduzidos de acordo com o caso *sub judice*. Também nos casos em que, para o mesmo conjunto de actos criminosos, tenha sido prevista uma multa por um órgão administrativo e tenha sido ordenado o pagamento de uma multa pelo tribunal da R.P.C., nestes casos, o valor da multa deve ser reduzida de acordo com o caso concreto. Esta disposição legal ilustra bem que as partes envolvidas não podem receber duplas sanções ,i.e., não se sobrepõem sanções administrativas penais e sentenças criminais, mas, ao invés, um órgão administrativo e um

⁶¹⁷ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – The Prerequisites and Applicable Scope of *ne bis in idem* under Chinese Criminal Procedure Law. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha). P.869-870.

tribunal criminal já poderão agir simultânea e cumulativamente relativamente a um mesmo conjunto de factos praticados pelo mesmo sujeito acusado.

Por outro lado, o princípio *ne bis in idem* deve ser aplicado tanto a uma condenação efectiva como a uma absolvição efectiva. Deve também ser aplicado a sentenças relacionadas tanto com questões materiais como processuais. Será bom mencionar que a decisão de “não dar início a uma acusação” tomada pelo sujeito acusatório não se trata de uma decisão final, nos termos do art.º 140.º do C.P.P. da R.P.C. de 1996; assim, a decisão de acusar não tem efeito imediato visto que a vítima poderá levar o processo a tribunal apenas depois de apresentar queixa ao procurador solicitando-lhe que dê início a uma acusação pública. Por outro lado, a vítima, poderá ainda levar o processo a tribunal sem apresentar previamente queixa ao procurador. Concluímos, pois, que a decisão de dar ou não dar início a uma acusação ultrapassa o âmbito da aplicação do *ne bis in idem*.

Verificamos, pois, que na R.P.C., o princípio *ne bis in idem* não é absoluto e compreende algumas excepções. São, essencialmente duas as excepções à aplicação do princípio *ne bis in idem* na Lei Processual Penal da R.P.C. de 1996⁶¹⁸ que agora destacamos.

A primeira, refere-se às situações em que o arguido pode ser novamente acusado depois de ter sido declarada a sua inocência, devido à existência de provas insuficientes.

A segunda excepção, refere-se aos casos em que um tribunal deverá dar início a novo julgamento sobre o mesmo facto em resultado de a sentença anterior ter sido declarada definitivamente incorrecta.

A primeira excepção encontramos-la, desde logo, no n.º 3 do art.º 162.º do C.P.P. de 1996 da R.P.C. que dispõe que, se a prova for insuficiente e, consequentemente, o arguido não possa ser considerado culpado, ele deve ser declarado inocente devido ao facto de a prova ser insuficiente e de a acusação ser infundada. Relacionada com esta disposição está o art.º 117.º da ‘Interpretação do Supremo Tribunal do Povo sobre Questões Relacionadas com a Aplicação do C.P.P. de 1996’. Este artigo esclarece que, no caso anterior, se o procurador obteve novas provas ou identificou um novo facto tipificado como crime, então, o procurador é obrigado a dar início a uma nova acusação. Neste caso, a acusação poderá reportar-se ao mesmo conjunto de factos relacionados com o mesmo sujeito julgado inocente na anterior acusação. Assim, o princípio *ne bis in idem* não será aplicável nestes casos. Aparentemente, o

⁶¹⁸ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – The Prerequisites and Applicable Scope of *ne bis in idem* under Chinese Criminal Procedure Law. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha). P. 870-872.

objectivo desta excepção é o de reforçar a lei penal evitando que os verdadeiros criminosos escapem ao procedimento criminal. Este tipo de excepção, assim entendida, parece razoável e necessário.

O procedimento para novo julgamento é a segunda excepção. A sentença do tribunal depois do recurso é legalmente efectiva mas não definitiva. A efectividade legal da sentença pode ser afastada através de um procedimento para um novo julgamento. Este procedimento é denominado '*Revisão Adjudicativa*'⁶¹⁹. O art.º 204.º do C.P.P. de 1996 da R.P.C., dispõe que, se uma queixa, apresentada pelos sujeitos processuais, pelos seus representantes legais ou pelos seus familiares próximos, compreender alguma das seguintes condições, o Tribunal do Povo deverá proceder a novo julgamento sempre que: (1) surjam novas provas que provem que a confirmação dos factos no primeiro julgamento está definitivamente errada; (2) a prova em que se baseou a condenação e a pena for considerada duvidosa e insuficiente ou se as partes da prova que sustentam os factos do caso julgado forem contraditórias; (3) o cumprimento do primeiro julgamento ou ordem constituam uma aplicação da lei definitivamente incorrecta; (4) os juízes de julgamento tenham cometido actos fraudulentos, subornos ou outras práticas ilícitas para proveito próprio, ou tenham contornado a lei em sede de julgamento.

Nos termos do art.º 205.º do C.P.P. de 1996⁶²⁰, se o presidente de um tribunal encontrar erros relacionados com o apuramento dos factos ou com a aplicação da lei numa sentença ou ordem legalmente efectivas, o presidente do tribunal deverá transmitir esse facto ao Comité Judicial de Revisão; Se o Supremo Tribunal Popular encontrar erros incontornáveis numa sentença ou ordem legalmente efectivas de um tribunal de qualquer instância, ou se um tribunal de uma instância superior encontrar erros incontornáveis numa sentença ou ordem legalmente efectivas de um tribunal de uma instância inferior, pode o próprio Supremo Tribunal Popular julgar novamente o caso ou ordenar a um tribunal de instância inferior que o julgue. Está também prevista a possibilidade de o órgão competente pela acusação solicitar um procedimento de novo julgamento se encontrar um erro incontornável numa sentença ou ordem pré-existentes.

⁶¹⁹ Termo utilizado por Zhang Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui, em *China's theory (...)*, Op.cit., p. 871.

⁶²⁰ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - Exceptions to the Principle of *ne bis in idem* under Chinese Criminal procedure Law. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha). Ponto IV, p.870-872.

Este procedimento fica amplamente ilustrado, por um conhecido caso⁶²¹, em que a identificação de um “erro incontornável” numa sentença ou ordem específicas foi o pré-requisito necessário para dar início ao procedimento de novo ou duplo julgamento. O procedimento de duplo ou novo julgamento teve lugar em 1997 quando a revisão da lei penal, *i.e.*, o Código Penal de 1997 entrou em vigor. Neste processo o Tribunal de 1.^a instância condenou os arguidos Li Wei e Wang Xi à pena de morte, nos termos da Lei Penal de 1979 ainda em vigor, pelo crime de roubo. Após proferida a sentença em 1.^a instância, os arguidos recorreram para o Tribunal Superior que rejeitou o recurso e confirmou a sentença da 1.^a instância a 19 de Setembro de 1997. Entretanto, o tribunal superior ordenou a execução da pena de morte. Contudo, a ordem do tribunal superior só foi comunicada e entregue aos arguidos no dia 4 de Outubro de 1997. Curiosamente, o Código Penal de 1997, que entrou em vigor no dia 1 de Outubro de 1997, banuiu a pena de morte para os crimes de roubo, excepto se o roubo implicar a subtracção de um valor especialmente elevado de instituições bancárias ou se implicar a subtracção de relíquias culturais preciosas. Consequentemente, foi declarado que a ordem do tribunal superior padecia de erro na medida em que a aplicação da lei penal anterior, para aquele caso, era incorrecta. Assim, foi suspensa a aplicação da pena de morte. Por fim, a 15 de Outubro de 1997, o tribunal superior procedeu a um novo ou duplo julgamento pelos mesmos factos nos termos do novo art.º 205.º do C.P. na versão de 1997, condenando os arguidos Li Wei e Wang Xin a prisão perpétua e a um termo fixo de prisão, respectivamente, nos termos do art.º 264.º do Código Penal de 1997. Este caso tem o mérito de demonstrar que, no âmbito do sistema processual penal da R.P.C., por vezes, a possibilidade de um duplo julgamento pelos mesmos factos, implicando uma clara violação do *ne bis in idem* pode acabar por se revelar razoável. De facto, no sistema processual penal da R.P.C., o procedimento de duplo julgamento é um verdadeiro procedimento reparador⁶²².

Todavia, e muito pela força dos debates em torno do princípio da presunção de inocência, parece-nos que o princípio *ne bis in idem* poderá perspectivar-se como ‘o senhor que se segue’, poderá ser o passo seguinte nas reformas processuais penais e quicá constitucionais. Na verdade, a coragem para abandonar as actuais soluções de compromisso e a eventual consagração do princípio da presunção de inocência no C.P.P., abrirão caminho

⁶²¹ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - Exceptions to the Principle of *ne bis in idem* under Chinese Criminal procedure Law. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema “Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*”, realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha). Ponto IV, p.870-872.

⁶²² ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui, *Op.cit.*, Ponto IV, p.870-872.

para outras questões doutrinárias, nomeadamente a da consagração explícita e integral do princípio *ne bis in idem* como princípio fundamental no sistema legal da R.P.C..

Aguardemos, então.

3.2.4. – Lei de Extradição da R. P. C.

A Lei de Extradição da R.P.C., a par com as disposições do C.P.P. de 1996 que acabamos de analisar, provam que o *ne bis in idem* tem um lugar na legislação da R.P.C. apesar de ainda não ser consagrado como princípio fundamental. Destacamos agora o art.º 8.º da Lei de Extradição da R.P.C., procedendo a uma análise mais detalhada desta lei no quarto capítulo da presente dissertação.

O art.º 8.º da Lei de Extradição da R.P.C.,⁶²³ dispõe que apenas nos casos abaixo descritos, poderá ser recusado um pedido de extradição interposto por países estrangeiros: Assim, não se procederá à extradição nos casos em que (...) “(2) *Se verificar, ao analisar o pedido de extradição, que o órgão judicial da R.P.C. já proferiu uma sentença efectiva para o crime identificado no pedido de extradição ou que o caso foi arquivado;*(...) (6) *Se, ao analisar o pedido de extradição, e nos termos da lei da R.P.C. ou do país que solicitou o pedido, se concluir que a responsabilidade criminal da pessoa visada pelo pedido de extradição não deve ser alvo de investigação em resultado de ter sido ultrapassado o prazo previsto para a acusação criminal ou tenha sido concedido uma amnistia da pena específica por um decreto especial de amnistia;*(...)”⁶²⁴.

⁶²³ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – The Legislation and Legal Practice of *ne bis in idem* in China. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha). Ponto II, p.867-868.

⁶²⁴ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui, *Op.cit.*, p. p.867-868.

3.2.5. – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

Além do C.P.P. de 1996 e da Lei de Extradução da R.P.C., também o P.I.D.C.P. de 16 de Dezembro de 1966, é um exemplo de como o princípio *ne bis in idem* é parcialmente reconhecido pela lei processual penal da R.P.C. ainda que não tenha consagração como princípio fundamental. Este Pacto Internacional, ao qual a R.P.C. aderiu e assinou em Outubro de 1998, contém cláusulas que consagram o princípio *ne bis in idem*⁶²⁵ que, nos termos do art.º 14.º, n.º 7 do P.I.D.C.P., deve estar *em conformidade com a lei e o processo penal de cada país*⁶²⁶. Esta expressão demonstra o carácter pragmático do Pacto na medida em que respeita o grau de desenvolvimento de cada país, prevendo a conformidade do *ne bis in idem* com a lei e o processo penal de cada país, como forma de alcançar a plena concretização do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, na parte relativa aos direitos, liberdades e garantias⁶²⁷.

⁶²⁵ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – The Legislation and Legal Practice of *ne bis in idem* in China. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha). Ponto II, p.867-868.

⁶²⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar – P.I.D.C.P. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P.30.

⁶²⁷ MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Internacional Público*. 2.ª Ed. Rev. Cascais: Principia, 2002. ISBN 972-8818-18-1. P. 292-293.

3.2.6. – Tratado de Extradução entre China e Rússia

Um outro exemplo da adesão da R.P.C. a diplomas que incluem, em larga escala, o princípio *ne bis in idem* é o do Tratado Bilateral de Extradução entre a China e a Rússia⁶²⁸. Na verdade, até 28 de Dezembro de 2000, data da promulgação da Lei de Extradução da R.P.C., a extradição entre a R.P.C. e outros países era regulada por tratados internacionais sobre a extradição⁶²⁹. De facto, até Dezembro de 2000 a R.P.C. havia ratificado 11 tratados de extradição com diversos países⁶³⁰, entre eles, a Rússia. O Tratado de Extradução entre a R.P.C. e a Rússia foi assinado a 26 Junho de 1995, ratificado a 1 Março de 1996 tendo entrado em vigor a 10 Outubro de 1997⁶³¹. Contudo, já em 1992 o Ministro dos Negócios Estrangeiros, o Supremo Tribunal Popular, o Procurador-Geral da R.P.C., o Ministro da Segurança Pública e o Ministro da Justiça da R.P.C. conjuntamente elaboraram as *Disposições sobre várias questões versando os Procedimentos em Casos de Extradução*⁶³² que indicavam um conjunto de normas a aplicar em todos os casos de extradição que envolvessem a R.P.C..

Desde logo, encontramos normas relativas à Lei Processual Penal. O Código de Processo Penal da R.P.C., na revisão de 1996, introduz um novo artigo no sentido de o ordenamento jurídico-processual penal interno poder colaborar com os seus pares a nível internacional, nomeadamente no âmbito judiciário, assumindo os compromissos resultantes das disposições internacionais constantes em tratados e pactos internacionais e bilaterais que a R.P.C. assinou e aderiu. Assim, dispõe o art.º 17.º do C.P.P. de 1996: “*Nos termos dos tratados que a República Popular da China assinou ou aderiu como parte, ou de acordo com princípios de benefício mútuo, o sistema judiciário da R.P.C. e os seus pares nos outros países podem solicitar assistência judiciária*

⁶²⁸ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – The Legislation and Legal Practice of *ne bis in idem* in China. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema “Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*”, realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha). Ponto II, p.867-868.

⁶²⁹ HU, Qian, e CHEN, Qiang – Introduction: Summary of the Existing Extradition Treaties Ratified by China. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P. 647, 648. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>

⁶³⁰ HU, Qian, e CHEN, Qiang, *Op.cit.*, p. 648, Nota 3: “*Os onze países englobam a Tailândia (5 Março de 1994), Bielorrússia (1 Março de 1994), Rússia (1 Março de 1996), Bulgária (23 Fevereiro 1997), Cazaquistão (23 Fevereiro de 1997), Roménia (23 Fevereiro de 1997), Mongólia (26 Junho 1998), Quirguistão (4 Novembro de 1998), Ucrânia (28 Junho de 1999), Camboja (1 Março de 2000) e Uzbequistão (8 Julho 2000). As datas entre parênteses referem-se à data de ratificação*”.

⁶³¹ CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen - *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001. Trabalho de Investigação, p. 2-4, 11-22. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>

⁶³² CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen, *Op.cit.*, p. 2-4, 11-22. Tradução do original: *Provisions on Several Issues concerning the Handling of Extradition Cases*.

mútua em matéria criminal”.⁶³³ No entender de Huang Feng⁶³⁴, seguido por Chau Pak-kwan e Lam Stephen⁶³⁵, o termo ‘assistência judiciária mútua em matéria criminal’ deve ser entendido em sentido alargado e devia aplicar-se às actividades de cooperação judicial internacional em matéria penal, tais como a extradição, transferência de litigância penal entre jurisdições,.. etc.

Por outro lado, entre o conjunto de normas ou disposições de 1992, encontramos uma lista de sete situações em que a possibilidade de extradição fica definitivamente afastada⁶³⁶:

- 1) Se a extradição tem por base um crime político;
- 2) Se o pedido de extradição tem como objectivo uma investigação da responsabilidade criminal ou agravamento da pena do extraditado por motivos de raça, religião, nacionalidade ou opiniões políticas;
- 3) Se a extradição tem por base um crime militar;
- 4) Se a extradição se refere a um nacional do país requerido;
- 5) Se a pessoa a extraditar goza de imunidade da jurisdição criminal nos termos da lei chinesa ou da lei internacional;
- 6) Se uma sentença definitiva já foi lida na R.P.C. ao condenado a ser extraditado pelos mesmos factos/pelo mesmo crime, ou se um processo criminal ainda estiver a decorrer (*ne bis in idem*); e
- 7) Se o Estado requerente não tiver jurisdição sobre o crime cometido pela pessoa a extraditar.

⁶³³ ZHOU, Zhen Xiong – General provisions. In *The Criminal Procedure Law of the People Republic of China*. Chicago: Office of International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, 1998. ISBN 0-942511-81-6. p. 3-4.

⁶³⁴ HUANG, Feng – 中国因读值得研究 *Zhongguo Yindu Zhidu Yanjiu (A Study of China's Extradition System)*. Beijing: Zhongguo Zhenfa Daxue Chubanshe, 1997, p. 9-12 *apud* CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen – Legal Basis of China's Extradition System. In *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001. Trabalho de Investigação, p. 2, Nota 2. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>.

⁶³⁵ CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen – Legal Basis of China's Extradition System. In *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001.[Consult. em 20.09.2011]. Trabalho de Investigação, p. 2, Nota 2. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>.

⁶³⁶ CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen –Basic Principles and Contents of Sino-Foreign Bilateral Extradition Treaties. In *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001. Trabalho de Investigação, p. 12-14.[Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>.

O Tratado de Extradicação entre a China e a Rússia prevê estas excepções sendo que o princípio *ne bis in idem* fica subentendido no corpo do art.º 3.º, n.º4 Tratado Bilateral de Extradicação entre a China e Rússia⁶³⁷ que, com a mesma redacção da excepção indicada em 6), não consagra explicitamente o princípio.

Além das normas emanadas em 1992, os tratados assinados entre a R.P.C. e outros países geralmente seguem os princípios relativos à extradição reconhecidos internacionalmente, incluindo o princípio da dupla criminalização da conduta (o facto praticado pelo requerente da extradição tem de constituir crime tanto na lei interna de ambos os países ou nas disposições de um tratado internacional ratificado por ambos os países), o princípio da especialidade (o Estado requerente do pedido de extradição deve garantir que, no momento em que efectua o pedido, o criminoso irá ser julgado e responsabilizado criminalmente apenas pelo crime especificamente indicado no pedido de extradição. O Estado requerido também não poderá julgar ou condenar um sujeito extraditado por nenhum outro crime além do que fica especificamente mencionado no pedido de extradição), o princípio da não-extradição pela prática de crimes políticos (o pedido de extradição pelo sujeito que tenha cometido crimes políticos ou relacionados com a política, não poderá ser extraditado), princípio da Não-Extradição de Cidadãos nacionais (dispõe que nenhum dos Estado poderá extraditar um dos seus cidadãos nacionais para outro Estado), e o princípio da Extradicação /Acusação (nos casos de um facto internacionalmente reconhecido como crime, o Estado requerido deverá extraditar o criminoso para o Estado requerente ou, se decidir não extraditar, o Estado requerente deverá julgar o criminoso de acordo com as leis do seu próprio país⁶³⁸).

⁶³⁷ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – The Legislation and Legal Practice of *ne bis in idem* in China. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002), p.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha). Ponto II, *in fine* p.869.

⁶³⁸ CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen –Basic Principles and Contents of Sino-Foreign Bilateral Extradition Treaties. In *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001. Trabalho de Investigação, p. 12-14.[Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>.

3.3. – Protecção efectiva dos Direitos e Liberdades Fundamentais – Que proposta / critério adoptar?

A protecção efectiva dos Direitos e Liberdades Fundamentais conferida pelo *ne bis in idem* traduz-se, essencialmente, na protecção conferida a nível material e a nível formal.

A nível material, destacamos a protecção do Direito à vida que resultou da não observância do princípio *ne bis in idem* no âmbito do Direito Processual Penal da R.P.C.. Com efeito, numa análise superficial parece-nos um pouco pervertido o raciocínio. Contudo, se recordarmos o caso Li Wei e Wang Xin⁶³⁹, percebemos rapidamente que o desrespeito pelo *ne bis in idem*, ao admitir um novo julgamento pela prática dos mesmos factos, resultou no afastamento da pena de morte, substituindo-a pela pena de prisão perpétua, pela aplicação da lei penal mais favorável. Apesar de, numa primeira análise, o afastamento do *ne bis in idem* parecer implicar uma protecção débil de direitos e liberdades fundamentais no ordenamento jurídico-processual penal da R.P.C. (como a segurança jurídica, por exemplo), já numa análise mais atenta permite concluir que só se poderá avaliar da protecção que um determinado princípio confere aos cidadãos, quando avaliada a dinâmica específica que esse princípio estabelece com o ordenamento jurídico em que está inserido e historicamente localizado. Assim, podemos afirmar que, neste caso e em casos similares, a inobservância do princípio *ne bis in idem* no ordenamento jurídico-processual penal da R.P.C. (e em resultado das disposições processuais penais) assegura a protecção efectiva de direitos e liberdades fundamentais, como é o caso do direito à vida.

Do ponto de vista formal, o *ne bis in idem* confere uma protecção efectiva aos direitos e liberdades fundamentais no ordenamento jurídico da R.P.C., visto que se encontram, desde logo, protegidos ao abrigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que a R.P.C. também adoptou a 10 de Dezembro de 1948, votada pela Assembleia Geral das Nações Unidas⁶⁴⁰. Seguindo de perto Jónatas Machado⁶⁴¹, a D.U.D.H. tem duas ‘funções’ essenciais. Em primeiro lugar, a D.U.D.H. afirma o princípio da *universalidade de todos os direitos humanos*⁶⁴², inicialmente contestado com base em argumentos sustentados pelo relativismo cultural, revelou-se primordial na promoção dos direitos humanos. Em segundo lugar, a

⁶³⁹ No terceiro capítulo da presente dissertação.

⁶⁴⁰ OLIVEIRA, Manuel Alves [et al.] – Declarações de Direitos. In *Moderna Enciclopédia Universal – Lexicoteca*, Tomo VI. Ed.º n.º 1622. Lisboa: Círculo de Leitores, 1985. Depósito Legal n.º 4281/84. P. 208.

⁶⁴¹ MACHADO, Jónatas E. M., *Direito Internacional – Do paradigma Clássico ao pós-11 de Setembro*, 2.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editores, 2004, p.321.

⁶⁴² MACHADO, Jónatas E. M., *Op.cit.*, p. 321.

D.U.D.H. alicerça-se no princípio da *unidade de todos os direitos humanos*⁶⁴³ dispondo do mesmo modo sobre todos os direitos dos indivíduos. Contudo, a D.U.D.H. não tem um valor jurídico vinculativo mas um valor meramente declarativo, ou seja, limita-se a proclamar os direitos sem determinar as correspondentes obrigações. Ainda assim, a D.U.D.H. tem o mérito de se impor como ‘padrão de moralidade internacional’, colocando a temática dos Direitos humanos na ordem do dia. No que se refere ao *ne bis in idem*, a D.U.D.H. não o consagra explicitamente. No entanto, no seu art.º 8.º, a D.U.D.H.⁶⁴⁴ prevê que “*toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.*” A questão que agora se coloca é a de verificar se a Constituição ou a lei acolhem o princípio *ne bis in idem* como princípio e direito fundamental. Já verificamos antes⁶⁴⁵ que a C.R.P. acolhe o *ne bis in idem* no seu art.º 29.º, n.º 4 e 282.º, n.º 3. Já a Constituição da R.P.C. não consagra o *ne bis in idem* como direito fundamental. Assim, em termos formais e retóricos, a inobservância do princípio *ne bis in idem* na R.P.C. não constitui uma violação da D.U.D.H.. Na verdade, o *ne bis in idem*, na actualidade, é largamente aceite como princípio fundamental pela maioria das teorias e legislações processuais penais⁶⁴⁶. Na R.P.C., contudo, o princípio não tem vindo a ser considerado um princípio fundamental da lei processual penal, sendo que o seu carácter de princípio jurídico constitui ainda objecto de estudo e investigação tanto por académicos como legisladores da R.P.C.. Na visão mais popular difundida entre os académicos chineses, a *ratio* do *ne bis in idem* pode ser ilustrada por quatro premissas fundamentais: 1) Direitos humanos, 2) Devido processo legal (*per legem terrae*) 3) Eficácia processual e a 4) Teoria do Caso julgado ou *res judicata*.

1) O *ne bis in idem* está proximamente relacionado com protecção dos direitos humanos⁶⁴⁷. Nos seus primórdios, o princípio *ne bis in idem* não tinha a função de proteger os direitos humanos. Contudo, a par com o desenvolvimento da teoria dos direitos humanos, o princípio

⁶⁴³ *Idem, Ibidem*. P. 321.

⁶⁴⁴ GOUVEIA, Jorge Bacelar – D.U.D.H. In *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8. P.10.

⁶⁴⁵ No primeiro capítulo da presente dissertação.

⁶⁴⁶ ZHANG, Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – Legally Theoretical Analysis on *ne bis in idem*. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha), p.865-867.

⁶⁴⁷ ZHANG, Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – Legally Theoretical Analysis on *ne bis in idem*. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha), p.865-867.

adquiriu um novo âmbito. Os mais recentes procedimentos penais são a consequência lógica da corrente de pensamento defensora dos direitos humanos. Até certa medida, a consciencialização da ideologia dos direitos humanos tornou urgente a contenção do poder punitivo do Estado. De facto, o valor básico do *ne bis in idem* é o de estabelecer uma barreira contra o exercício abusivo do poder do Estado. Por um lado, o Estado tem o direito a abrir um processo-crime, exercendo o seu poder punitivo. Por outro lado, o Estado tem a obrigação de ser moderado na execução da sua autoridade condenatória.

Do ponto de vista processual, o Estado detém apenas uma única possibilidade de conduzir um processo-crime contra um mesmo sujeito pela prática do mesmo facto. Se o Estado exercer o seu poder processual, indiferente às consequências da sua actuação, o poder do Estado terá sido largamente excedido. Se o órgão acusatório tiver o direito de acusar um arguido duas ou até diversas vezes sobre o mesmo facto, então, o Estado abusa do seu poder punitivo e os direitos humanos dos cidadãos são violados. Assim, o princípio *ne bis in idem* constitui uma garantia elementar da segurança jurídica dos cidadãos, promovendo a limitação da arbitrariedade judicial do Estado.

2) O *ne bis in idem* tem ainda a função de salvaguardar a justiça processual⁶⁴⁸. No essencial, os procedimentos criminais são actividades especiais onde o poder punitivo é exercido com o objectivo de apurar informações exactas e cronologicamente precisas sobre os factos criminosos, aplicar correctamente a lei penal, punir os criminosos e proteger os inocentes contra investigações da sua responsabilidade criminal. Na prática, assegurar a autenticidade dos factos constitui a principal “missão” dos procedimentos criminais. Contudo, devemos ter presente que a capacidade para apurar a autenticidade dos factos é sempre limitada por alguns circunstancialismos, *i.e.*, é impossível que os órgãos judiciais apurem a verdade integral de todos os factos na medida em que avaliam factos que ocorrem num momento passado. De certo modo, a investigação criminal assemelha-se aos “estudos arqueológicos”, ou seja, mesmo se utilizarmos o expoente máximo das capacidades intelectuais e dos recursos materiais, subsistem sempre algumas verdades que não são imediatamente encontradas. Com o objectivo de ultrapassar as limitações cognitivas humanas, o devido processo legal deve ser estabelecido de forma a garantir imparcialidade e sensatez judicial evitando, assim, a repetição de procedimentos. Neste sentido, o *ne bis in idem*, como valor orientador, deve facilitar a justiça processual de forma a restringir a justiça substantiva mantendo, assim, o equilíbrio no âmbito do sistema de valores do processo-crime.

⁶⁴⁸ ZHANG, Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui, *Op.cit.*, p.865-867.

3) O *ne bis in idem* constitui uma garantia elementar da eficácia processual⁶⁴⁹. No processo criminal, o apuramento da autenticidade substantiva é limitada pela eficácia processual que se traduz na ideia de que um processo menos dispendioso conduz a um processo mais eficiente. Contudo, esta visão económica inversamente proporcional é apenas aparente. Com efeito, os académicos chineses indicam duas regras essenciais para alcançar eficácia processual. A primeira é a regra do “sem excesso”, querendo significar que todos os procedimentos desnecessários devem ser eliminados. Investigação de provas, interrogatório de testemunhas e audição do arguido não devem ter lugar a menos que se revelem estritamente necessários. A segunda é a regra da “não repetição” que significa que quando um procedimento teve início, não deve ser repetido uma outra vez. O fim destas duas regras, que têm por base o *ne bis in idem*, é a preservação dos recursos legais e da eficiência judicial.

4) O princípio *ne bis in idem* baseia-se no princípio *res judicata est* ou caso julgado. A razão última do *ne bis in idem* reside na ideia de que uma sentença lida e tornada pública não poderá ser modificada. Por outro lado, o pré-requisito para a observância do *res judicat est* é a força do caso julgado. Julgar várias vezes a mesma pessoa pelos mesmos factos entra em conflito directo com a força do caso julgado. Assim, tanto o princípio *res judicat est* como o princípio da eficácia processual são diferentes abordagens do *ne bis in idem*, conferindo-lhe ainda suporte teórico.

Apesar destas reflexões académicas sobre o *ne bis in idem*, a R.P.C. tem ainda um longo caminho a percorrer em matéria protecção efectiva que os princípios fundamentais conferem aos direitos e liberdades dos cidadãos. Que proposta deveremos, então, adoptar? A solução proposta pelo ordenamento jurídico português ou pelo ordenamento jurídico da R.P.C.? Qual dos critérios de entendimento do *ne bis in idem* devemos defender? Apesar de serem questões, no nosso entender, pertinentes, não nos parece, de todo, razoável optar nem pela apresentação de soluções de compromisso nem pela discussão fervorosa sobre qual será, dos dois, o melhor critério a adoptar. Com efeito, nem o entendimento do *ne bis in idem* previsto na C.R.P. é um dogma, nem a inobservância material do *ne bis in idem* como princípio fundamental no ordenamento jurídico da R.P.C. é absoluta.

Parece-nos que, para uma real compreensão do entendimento do *ne bis in idem* na R.P.C. é necessário atender não apenas à evolução história mas principalmente ao momento

⁶⁴⁹ ZHANG, Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui – Legally Theoretical Analysis on *ne bis in idem*. In *China's theory and practice on ne bis in idem: Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.865-872. Relatório apresentado no 17º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha), p.865-867.

⁶⁴⁹ ZHANG, Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui, *Op.cit.*, p.865-867.

histórico actual que a R.P.C. atravessa e que lhe tem vindo a colocar inúmeros desafios. De facto, desde 1978 que as reformas legislativas têm obrigado o legislador da R.P.C. a olhar questões a que não atendia anteriormente. Ainda assim, todas as reformas legislativas deparam-se com os limites impostos pelo sistema político dominante na China. Todavia, o desenvolvimento económico da R.P.C. e a abertura a mercados internacionais levam a R.P.C. a repensar a forma como olha os direitos humanos. Neste ponto concordamos com Timothy A. Gellat⁶⁵⁰ que destaca que:

“As mudanças em áreas que ultrapassam o âmbito legal vão resultar em melhorias substanciais na questão dos direitos humanos na R.P.C.. Uma preocupação fulcral é, claro, a subserviência do sistema legal às indicações arbitrárias do Partido Comunista, um problema que não poderá ser resolvido, de forma alguma, apenas com reformas no sistema legal. Sem mudanças políticas fundamentais não poderão existir independência nem autonomia judiciais – elementos chave do Estado de Direito”.

Na verdade, estas mudanças políticas são contemporâneas e estão a decorrer no exacto momento em que falamos. Prova disso são as declarações proferidas pelo Presidente da R.P.C. Hu Jin Tao na Casa Branca, a 19 de Janeiro de 2011, aquando do 8.º encontro com o Presidente dos E.U.A. Obama⁶⁵¹. Ao longo de todo o discurso ambos os Presidentes destacam o empenho na cooperação entre os dois países, principalmente a nível económico, e como essa cooperação é positiva para ambos e para o resto do mundo. É pela voz do jornalista Ben Feller da Associated Press que chega a derradeira questão sobre os direitos humanos na R.P.C.. Pergunta directamente ao Presidente Hu como justifica o perfil da R.P.C. face à questão dos direitos humanos e se considera que essa será uma questão em que o povo americano se deva imiscuir. Após algumas dificuldades de tradução, e interpelado uma segunda vez sobre a mesma questão pelo jornalista Hans Nichols da Bloomberg, o Presidente Hu responde:

“A China está sempre empenhada na protecção e promoção dos direitos humanos. E ao longo da evolução dos direitos humanos, a China fez enormes progressos, amplamente reconhecidos em todo o mundo.

A China reconhece e também respeita a universalidade dos direitos humanos. E simultaneamente, acreditamos que temos de ter em conta as diferentes circunstâncias nacionais quando se trata do valor universal dos direitos humanos.

⁶⁵⁰ GELLAT, Timothy A., *apud* CHEN, J. – Criminal Procedure Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*, London, Kluwer Law International, 1999, p. 217.

⁶⁵¹ HU, Jin Tao, OBAMA, Barack - *Press Conference with President Obama and President Hu of the People's Republic of China – East Room*. [Em linha]. U.S.A.: The White House, Office of the Press Secretary, 19 de Janeiro de 2011. [Consult. em 25.03.2011]. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/01/19/press-conference-president-obama-and-president-hu-peoples-republic-china> e vídeo em <http://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2011/01/19/president-obama-and-president-hu-press-conference>.

A China é um país em desenvolvimento com uma grande população e também um país em desenvolvimento que se encontra numa fase crucial de reforma. Neste contexto, a China ainda enfrenta vários desafios a nível do desenvolvimento económico e social. E ainda há muito por fazer na China em termos de direitos humanos.

Vamos continuar a esforçar-nos para melhorar as vidas dos cidadãos chineses e vamos continuar a esforçar-nos para promover a democracia e o Estado de Direito no nosso país. Simultaneamente, desejamos manter relações e diálogo com outros países relativamente aos direitos humanos e estamos também dispostos a aprender uns com os outros em termos de boas práticas. (...) Apesar de existirem divergências entre a China e os E.U.A. na questão dos direitos humanos, a China está disposta a iniciar relações e diálogo com os Estados Unidos com base no respeito mútuo e no princípio da não-interferência nos assuntos internos de cada um. Desta forma, seremos capazes de expandir o nosso entendimento mútuo, reduzir divergências e expandir um caminho comum”.

Encontramos no discurso do Presidente Hu uma abertura à questão dos direitos humanos assumindo que, apesar do respeito da China pela universalidade dos direitos humanos, muito ainda há por fazer visto que a China se encontra numa fase de reformas e disposta a aprender sobre a questão dos direitos humanos pelo diálogo com outros países.

De facto, parece-nos também que o respeito pelos princípios da D.U.D.H. não se assume como “*um culto de evangelização mas por um despertar de consciências*”⁶⁵².

Pretende-se (nas sociedade em que ainda não são plenamente reconhecidos os princípios da Declaração) que, numa primeira fase, os princípios consagrados na Declaração se assumam, no mínimo, como *obrigações morais*⁶⁵³. O seu cumprimento, nesta fase, fica, pois, associado a razões externas, a sanções não jurídicas a nível internacional que se exprimem na reprovação moral (e subsequentes sanções económicas) de certas condutas pelos países ocidentais.

Assim, parece-nos que, numa segunda fase, o grande desafio da D.U.D.H. na R.P.C. será a configuração dos deveres da Declaração como verdadeiros deveres, no sentido de imposições de consciência, o que significará o fim de práticas contrárias aos direitos humanos. Tudo dependerá, no entanto, do grau de evolução da R.P.C. a nível de reformas políticas e económicas.

Em suma, o grande progresso económico da R.P.C. e a sua ascensão como potência económica mundial assumem-se como factores extra-jurídicos catalisadores de importantes reformas no âmbito legal e de direitos humanos que denunciam que a R.P.C. ainda se

⁶⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Coord. – A natureza dos princípios contidos na D.U.D.H. In *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*. 1.ª Ed. Oeiras: Celta Editora, 2000. ISBN 972-774-069-3. P.245-246.

⁶⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Coord, *Op.cit.*, p.245-246. Itálicos do Autor.

encontra numa fase de evolução prévia à que encontramos na Europa ou E.U.A.⁶⁵⁴. Citando J.J.G. Canotilho, “Afinal, a escravatura não existiu também na Europa?”

Em suma, parece-nos que as propostas apresentadas pelos ordenamentos jurídicos chinês e português sobre a protecção efectiva que o *ne bis in idem* confere aos direitos e liberdades fundamentais devem, por um lado, ter em conta a fase de evolução em que cada país se encontra. Por outro lado, determinamo-nos pela adopção de um critério de equilíbrio e moderação na avaliação dos diferentes entendimentos pois só assim se poderá alcançar a verdadeira dimensão das diferenças e, bem assim, a forma de as rebater e, consequentemente, aproximar. Em bom rigor, esta opção não dista, afinal, dos ensinamentos confucionistas⁶⁵⁵ e cristãos⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ HU, Jin Tao, OBAMA, Barack - *Press Conference with President Obama and President Hu of the People's Republic of China – East Room*. [Em linha]. U.S.A.: The White House, Office of the Press Secretary, 19 de Janeiro de 2011. [Consult. em 25.03.2011]. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/01/19/press-conference-president-obama-and-president-hu-peoples-republic-china> e vídeo em <http://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2011/01/19/president-obama-and-president-hu-press-conference>. Sobre esta questão, afirma o Presidente Obama na conferência de imprensa de 19 de Janeiro de 2011: “A China tem um sistema político diferente do nosso. A China encontra-se numa fase de desenvolvimento diferente da nossa. Provimos de culturas muito diferentes com histórias muito diferentes. Contudo, como afirmei anteriormente e reproduzi ao Presidente Hu, como americanos temos como ideais basilares a universalidade de certos direitos – Liberdade de expressão, Liberdade de Religião, Liberdade de associação – que pensamos ser muito importantes e que transcendem as culturas”.

⁶⁵⁵ CHENG, Anne – Livro IV sobre o *ren*. In *Conversações de Confúcio*. Trad. De M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 2011. ISBN 978-972-33-2659-8. §10, p. 53. Ensina Confúcio no §10: “Nas coisas do mundo, o homem de bem não tem uma atitude rígida de recusa ou de aceitação. O Justo é a sua regra.”

⁶⁵⁶ S. MATEUS – Evangelho S. Mateus. In *Novo Testamento*. 3.ª Ed. Rev. Braga: Editorial A.O., 1996. Mt. 7, 1-4. ISBN 972-39-0329-6. “Não julgueis, para que não sejais julgados; pois, segundo o juízo com que julgardes, sereis julgados; e com a medida com que medirdes, vos medirão também a vós. Porque olhas tu para a palha que está no olho de teu irmão, e não notas a trave no teu olho?”.

CAPÍTULO IV

***ne bis in idem* nas Relações de Cooperação Portugal – China**

A cooperação internacional de âmbito judicial e judiciário nas relações bilaterais de cooperação entre Portugal e a R.P.C. que envolvam a aplicação do *ne bis in idem*, nomeadamente em situações de extradição, serão o objecto de estudo do presente capítulo. Serão, ainda, objecto de análise, no decurso do presente capítulo, tratados e acordos celebrados entre Portugal e a R.P.C. que constituem instrumentos bilaterais de cooperação internacional em matéria penal entre os dois países.

4.1. – Cooperação Internacional de Âmbito Judicial e Judiciário

No entender do antropólogo Peter Worsley⁶⁵⁷, “*Até aos nossos dias, nunca antes existiu uma sociedade humana*”, ou seja, só recentemente podemos falar de formas de associação social com dimensão global. O sistema global não se limita apenas à evolução de sociedades individualmente consideradas. As ligações sociais, políticas e económicas que atravessam fronteiras condicionam de forma decisiva o destino dos que vivem em cada um dos países. Globalização é, então, o termo geral que designa a crescente interdependência da sociedade global. Dos processos de globalização resultam numerosos benefícios para as sociedades industrializadas: uma maior variedade de bens e produtos alimentares estão agora mais disponíveis que nunca. Contudo, o facto de lidarmos com um mundo mais abrangente, criou, também, alguns dos problemas mais sérios que actualmente enfrentamos⁶⁵⁸. No entender de Carlota Pizarro de Almeida⁶⁵⁹, “*o contexto actual de globalização oferece algumas características que propiciam particularmente a infiltração de todas as estruturas sociais pela grande criminalidade*”, nomeadamente: uma sociedade mundial de informação, uma economia virtual em que os fluxos financeiros são superiores aos de mercadorias e a relativa irrelevância de fronteiras ou distâncias. Estamos, pois, perante uma “*sociedade mundial sem estado mundial*”⁶⁶⁰. Assim, para contornar este fenómeno, os Estados tentam reforçar a cooperação e harmonizar as suas respostas aos problemas mais urgentes como é o caso da criminalidade. Deste modo, a cooperação internacional em matéria penal é uma questão prioritária.

São vários os mecanismos de cooperação judiciária internacional adoptados pelos Estados. Visto que a extradição não é uma pena, mas antes um mecanismo de cooperação judiciária internacional⁶⁶¹, no âmbito do presente capítulo vamos, primeiro, destacar a Lei de Extradição Portuguesa e a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, que a prevê; segundo, abordar a Lei de Extradição em vigor na R.P.C.; terceiro, destacar instrumentos bilaterais de Cooperação Internacional em Matéria Penal assinados entre

⁶⁵⁷ GIDDENS, Anthony – Social Change Today: Globalization. In *Sociology*. Third edition. Oxford: Polity Press and Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-7456-1803-0. p. 63.

⁶⁵⁸ GIDDENS, Anthony, *Op.cit.*, p. 62-65.

⁶⁵⁹ ALMEIDA, Carlota Pizarro de - A Cooperação Judiciária Internacional. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2004: Actas. Lisboa, Coimbra, Almedina, 2004. ISBN 972-40-2217-X. P. 393 – 410.

⁶⁶⁰ BECK *apud* ALMEIDA, Carlota Pizarro de - A Cooperação Judiciária Internacional. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2004: Actas. Lisboa, Coimbra, Almedina, 2004. ISBN 972-40-2217-X. P. 393.

⁶⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Coord. – A Extradição. In *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*. 1.ª Ed. Oeiras: Celta Editora, 2000. ISBN 972-774-069-3. P. 267

Portugal e a R.P.C.; e, por fim, incluir outros instrumentos jurídicos bilaterais de cooperação internacional em matéria penal.

4.1.1. – A Extradução em Portugal

De um modo geral, a extradição plasmada nos tratados e convenções internacionais encontra-se de harmonia com as seguintes regras gerais⁶⁶², posteriormente concretizadas em cada ordenamento: a) Os Estados não extraditam os seus nacionais. (apenas Inglaterra, Itália e os E.U.A. parecem fazer excepção a esta regra, fazendo-o no entanto no regime de reciprocidade). Porém, quando os nacionais não são extraditados, são punidos pelo seu país; b) Não se extraditam criminosos que tenham praticado um crime no país onde se encontram; c) As infracções devem ser punidas também pela lei do Estado onde os criminosos se encontram; d) Não se extraditam criminosos que sejam arguidos de infracções puramente militares, políticas ou leves. Um outro instrumento relevante, é a Convenção Europeia de Extradução, aprovada para ratificação por Resolução da Assembleia da República n.º 23/89 e Protocolos Adicionais.

Em Portugal, a extradição encontra-se regulada no título II da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto (transcrita no nosso Código de Processo Penal, p. ex. art.º 449.º, n.1, al. g)⁶⁶³) que constitui o diploma fundamental sobre cooperação judiciária internacional em matéria penal que, embora revogando-a, manteve no essencial as leis anteriores sobre extradição (D.L. n.º 437/75, de 16 de Agosto), salvo em disposições consideradas inconstitucionais e pequenos ajustamentos de redacção⁶⁶⁴.

Relativamente à C.R.P., devemos referir que a aprovação da convenção que criou o Tribunal Penal Internacional, de acordo com o Estatuto de Roma, determinou a introdução do novo dispositivo do n.º 5, do art.º 33.º da C.R.P., segundo o qual o disposto nos números anteriores, sobre cidadãos portugueses e penas ou medidas de segurança de carácter perpétuo, não prejudica a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da U.E.⁶⁶⁵. Contudo, como veremos, o n.º 3 do art.º 33.º da C.R.P. prevê situações de excepção que admitem a extradição de cidadãos portugueses.

⁶⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Coord., *Op.cit.*, p. 267.

⁶⁶³ ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Art.º 449.º, n.º1, al. g). In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. Art.º 449.º, n.º1, al. g): “A revisão da sentença transitada em julgado é admissível quando: g) Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça”.

⁶⁶⁴ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Art.º 5.º, Anotação 3: Extradução. In *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 17.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. Depósito Legal 227038/05. P. 69-70.

⁶⁶⁵ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Art.º 5.º, Anotação 3: Extradução. In *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 17.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2565-9. P. 69-70.

A C.R.P. apresenta os aspectos gerais da extradição na República Portuguesa no art.º 33.º, n.º 3, 4, 5, 6 e 7. No entender de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶⁶⁶, a extradição, figura jurídica pré-constitucional, consiste na transferência de um indivíduo que se encontra no território de um Estado para as autoridades de outro Estado, a solicitação deste, por aí se encontrar arguido ou condenado pela prática de um crime, sendo entregue às autoridades desse Estado. Assim, a extradição ocorre por motivos de ordem externa de natureza penal⁶⁶⁷.

No art.º 33.º, n.º 3 da C.R.P. fica plasmada a prática de não extradição de cidadãos portugueses que deixou de ser um direito garantido em termos absolutos, como vimos, depois da Revisão de 1997 que acolheu o disposto no art.º 7.º, n.º 1 da convenção relativa à Extradição entre os Estados Membros, de 27-09-1996.

O n.º 3 admite, excepcionalmente, a extradição de cidadãos portugueses mediante a observância de requisitos restritivos:

- (1) *Reciprocidade*⁶⁶⁸ de tratamento por parte do Estado requerente estabelecida em convenção internacional;

A reciprocidade implica que a extradição de cidadãos nacionais do território português tenha sido expressamente pactuada em tratados, convenções ou acordos de que Portugal faça parte.

- (2) Prática de *crimes de excepcional gravidade*⁶⁶⁹ (terrorismo e criminalidade organizada);

A exigência de crimes de excepcional gravidade implica uma interpretação restritiva quanto ao objecto do crime (apenas nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, nos termos do art.º 32.º, da Lei n.º 144/99).

- (3) Exigência de garantias de um *processo justo e equitativo*⁶⁷⁰ por parte da ordem jurídica do Estado requisitante;

O requisito do processo justo e equitativo deve ter em conta os preceitos e a jurisprudência da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais bem como outros instrumentos internacionais de que Portugal faça parte.

⁶⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 33.º Expulsão, Extradição e direito de asilo. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I. p. 527-537.

⁶⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Op.cit.*, p. 527-537.

⁶⁶⁸ *Idem, Ibidem*. Itálicos dos Autores. P. 527-537.

⁶⁶⁹ *Idem, Ibidem*. Itálicos dos Autores. P. 527-537.

⁶⁷⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 33.º Expulsão, Extradição e direito de asilo. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I. p. 527-537. Itálicos dos Autores.

Além dos requisitos *supra*, nos termos do n.º 4, 6 e 7, do art.º 33.º da C.R.P., a extradição exige ainda requisitos mais restritos. Assim, de acordo com o n.º 4, a extradição só pode ser determinada por autoridade judicial, existindo ainda uma proibição absoluta de extradição por «motivos políticos ou por crimes que corresponda, segundo direito do Estado requisitante, pena de morte ou de outra de que resulte lesão irreversível da integridade física», nos termos do n.º 6. Seguindo de perto na doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶⁷¹, a expressão ‘extradição por motivos políticos’ pode compreender duas situações: a) ser o extraditado acusado de ter sido condenado pela prática de crime de natureza política (exigindo definição do conceito); b) ser o pedido de extradição motivado por razões de perseguição política ou para o perseguir criminalmente por razões políticas. Assim, não poderá ser extraditado um refugiado político. Por outro lado, a deserção de um militar em virtude de guerra declarada e conduzida contra os princípios do direito internacional (guerra ilícita) constitui «motivo político» para efeitos de proibição de extradição. Já fica abrangido no âmbito desta excepção à extradição a incorporação militar no caso de existir serviço militar obrigatório.

O n.º 4, do art.º 33.º, prevê ainda restrições à extradição em resultado de prisão perpétua ou de medida de segurança de duração indefinida. Contudo, são restrições menos rígidas do que as impostas para o caso da pena de morte. Na verdade, nos casos em que o Estado requisitante prevê pena de prisão perpétua ou de medida de segurança de duração indefinida, a C.R.P. aplica o *critério de punibilidade em concreto*⁶⁷², ou seja, a C.R.P. admitirá a extradição, nestes casos, desde que o Estado requisitante ofereça garantias de que tal pena não será aplicada ou executada (porque o Estado requerente decidiu converter a pena ou medida de segurança de duração indefinida ou porque aceitou a conversão dessas penas ou medidas de segurança por um tribunal português segundo a lei portuguesa). E ainda que se verifiquem as garantias de que as sanções penais com carácter perpétuo não serão aplicadas ou executadas, nos termos da Lei Constitucional n.º 1/2004, a extradição só será admitida se o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal se encontre vinculado.

Por outro lado, a proibição de extradição no caso de existir a possibilidade de aplicação da pena de morte espelha a protecção absoluta conferida pela C.R.P. ao direito à vida e à integridade física (art.º 24.º e 25.º C.R.P.), constituindo a C.R.P. um reduto inabalável de protecção dos bens jurídicos vida e integridade física. A previsão do n.º 6 do art.º 33.º,

⁶⁷¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Op.cit.*, p. 527-537.

⁶⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 33.º Expulsão, Extradição e direito de asilo. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I. p. 527-537. Itálicos dos Autores.

relativo à proibição de extradição «por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte», acolhe o *critério de punibilidade em abstracto*⁶⁷³, ou seja, a proibição de extradição funciona sempre que a pena de morte seja abstractamente aplicável, segundo a lei do Estado requisitante. De facto, neste n.º 6, a C.R.P. torna inequívoco que a proibição de extradição por crime a que corresponda pena de morte (ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física) não cede perante simples garantias, mesmo que suficientes, de que tal pena não será aplicada ou executada.

Além dos limites constitucionais pode a Lei impor limites materiais à extradição. Assim, o n.º 5, do art.º 33.º da C.R.P. acolhe a cooperação judiciária internacional em matéria penal, prevista na Lei n.º 144/99, de 31/08.

Nos termos do n.º 1, al. a) a f) da Lei n.º 144/99⁶⁷⁴, a cooperação judiciária internacional em matéria penal abrange as seguintes formas: a) Extradição (Título II); b) Transmissão de processos penais (Título III); c) Execução de sentenças penais (Título IV); d) Transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade (Capítulo IV, Título IV); e) Vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente (Título V); f) Auxílio judiciário mútuo em matéria penal (Título VI). Deve, contudo, nos termos do n.º 2, do art.º 1.º, tratar-se de formas de cooperação formalizadas através de convenções internacionais (tratados ou acordos) e sujeitos a requisitos gerais negativos da cooperação internacional, justificativos da recusa de cooperação, previstos no art.º 6.º, n.º 1, al. a) a f) e n.º 2 (ex.: al. b) a existência de fundadas razões para crer que a cooperação é solicitada com o fim de perseguir ou punir, discriminatoriamente, uma pessoa em virtude da sua raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, convicções políticas ou ideológicas ou por pertencer a um grupo social determinado; al. e) o facto a que respeita for punível com pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física, isto é, crimes para os quais é constitucionalmente proibida a extradição, nos termos do n.º 4, do art.º 33.º da C.R.P.; al. f) Respeitar a infracção a que corresponda pena de prisão ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de duração indefinida). Contudo, não obsta à cooperação se o Estado que formula o pedido tiver previamente comutado a pena de morte ou outra de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa, por acto irrevogável e vinculativo para os seus

⁶⁷³ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigo 33.º Expulsão, Extradição e direito de asilo. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I. p. 527-537. Itálicos dos Autores.

⁶⁷⁴ *Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, Aprova a lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal*. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 31.08.1999. [Consult. em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=2802>.

tribunais ou outras entidades competentes para a execução da pena, ou tiver retirado o carácter perpétuo ou duração indefinida à pena ou medida de segurança (art.º 6.º, n.º 2, al. a))⁶⁷⁵.

O pedido de cooperação também será recusado, nos termos do art.º 7.º, n.º 1 e 2, quando o processo respeitar a facto que constituir: a) Infracção de natureza política ou infracção conexa a infracção política segundo as concepções do direito português; b) Crime militar que não seja simultaneamente previsto na lei penal comum. Não se consideram de natureza política, ficando afastados desta recusa de cooperação, os crimes previstos no art.º 7.º, n.º 2, al. a) a d): a) O genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra e infracções graves segundo as Convenções de Genebra de 1949; b) (...); c) Os actos referidos na Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adoptada pela Assembleia das Nações Unidas em 17 de Dezembro de 1984; d) Quaisquer outros crimes a que seja retirada natureza política por tratado, convenção ou acordo internacional de que Portugal seja parte⁶⁷⁶.

Nos termos do art.º 3.º, n.º 1 e 2, as formas de cooperação internacional indicadas no art.º 1.º regem-se pelas normas dos tratados, convenções e acordos internacionais que vinculem o Estado Português e, na sua falta ou insuficiência, pelas disposições da Lei n.º 144/99. Aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal. Apesar de a cooperação internacional em matéria penal relevar do princípio da reciprocidade (art.º 4.º, n.º 1), a falta de reciprocidade não impede a satisfação de um pedido de cooperação desde que essa cooperação reúna os seguintes requisitos (art.º 4.º, n.º 3, al. a) - c)): a) Se mostre aconselhável em razão da natureza do facto ou da necessidade de lutar contra certas formas graves de criminalidade; b) Possa contribuir para melhorar a situação do arguido ou para a sua reinserção social; c) Sirva para esclarecer factos imputados a um cidadão português⁶⁷⁷.

Por outro lado, o âmbito da cooperação subordina-se à protecção dos interesses da soberania, da segurança, da ordem pública e de outros interesses da República Portuguesa, constitucionalmente definidos, não conferindo, contudo, o direito de exigir cooperação internacional em matéria penal (art.º 2.º). É neste espírito que encontramos no art.º 13.º o princípio da imputação ou do desconto alicerçado no princípio *ne bis in idem*, e no art.º 16.º a regra da especialidade que delimita o facto que vai ser julgado.

⁶⁷⁵ Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, Aprova a lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 31.08.1999. [Consult. em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=2802>.

⁶⁷⁶ *Idem*, *Ibidem*, art.º 7.º.

⁶⁷⁷ Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, Aprova a lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 31.08.1999. [Consult. em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=2802>.

Nos termos do art.º 13.º da Lei 144/99 conjugado com o art.º 6.º, n.º1, 2.ª parte do C.P., nos casos em que o Estado, cujo tribunal que preferiu a condenação não pede a extradição para efeito de execução da pena nem pede ao Estado Português a execução, em Portugal, da pena aplicada pelo tribunal estrangeiro, então, neste caso, o tribunal português julgará novamente o infractor. Contudo, há que atender ao princípio da imputação ou do desconto, previsto no art.º 82.º do C.P. e justificado pelo *ne bis in idem*, que permite o desconto na pena que vier a ser aplicada, o tempo de privação de liberdade que o infractor já tiver sofrido no estrangeiro ou, em caso de multa, o montante que já tiver pago⁶⁷⁸.

Por outro lado, e nos termos do art.º 16.º “N.º 1 – A pessoa que, em consequência de um acto de cooperação, comparecer em Portugal para intervir em processo penal como suspeito, arguido ou condenado não pode ser perseguida, julgada, detida ou sujeita a qualquer outra restrição da liberdade por facto anterior à sua presença em território nacional, diferente do que origina o pedido de cooperação formulado por autoridade portuguesa”. Da mesma forma, prevê o N.º 2 que “ a pessoa que, nos termos do número anterior, comparecer perante uma autoridade estrangeira não pode ser perseguida, detida, julgada ou sujeita a qualquer outra restrição da liberdade por facto ou condenação anteriores à sua saída do território português diferentes dos determinados no pedido de cooperação ”.⁶⁷⁹

Encontramos, ainda, o princípio *ne bis in idem* expressamente consagrado no art.º 19.º, no âmbito das relações de cooperação internacional em matéria penal, dispondo da seguinte forma: “Quando for aceite um pedido de cooperação que implique a delegação do procedimento em favor de uma autoridade judiciária estrangeira, não pode instaurar-se nem continuar em Portugal procedimento pelo mesmo facto que determinou o pedido nem executar-se sentença cuja execução é delegada numa autoridade estrangeira ”.⁶⁸⁰

Destacamos, agora, a extradição propriamente dita como forma de cooperação judiciária e judicial por excelência.

A extradição encontra-se prevista na Lei n.º 144/99, no seu Título II, subdividindo-se em extradição passiva⁶⁸¹ (art.º 31.º -68.º) - quando o Estado que formula o pedido de extradição (Estado requisitante) é um Estado estrangeiro sendo o Estado Português o Estado requisitado

⁶⁷⁸ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P. 282-287.

⁶⁷⁹ Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, Aprova a lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 31.08.1999. [Consult. em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheDiplomaAprovado.aspx?BID=2802>.

⁶⁸⁰ *Idem, Ibidem*, art.º 19.º.

⁶⁸¹ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P. 284-287.

– extradição activa (art.º 69.º - 73.º) – quando o Estado Português é o Estado requisitante, que formulando, ele próprio, o pedido de extradição ⁶⁸².

O processo de extradição, que regula os termos em que se deve efectuar a extradição, enquanto forma de cooperação judiciária internacional em matéria penal, encontra-se regulado nos art.º 44.º ao art.º 61.º da Lei 144/99 ⁶⁸³.

O processo de extradição é um processo de carácter urgente e compreende uma fase administrativa – destinada à apreciação do pedido de extradição pelo ministro da Justiça - e uma fase judicial - da exclusiva competência da secção criminal do Tribunal da Relação. O julgamento do recurso da decisão final cabe à secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça ⁶⁸⁴.

Nos termos do art.º 96.º da Lei 144/99, a sentença penal estrangeira pode ser executada em Portugal desde que se verifiquem as condições previstas neste artigo. Assim, a extradição pode ter lugar para efeitos de procedimento penal ou para cumprimento de pena ou de medida de segurança privativas da liberdade, por crime cujo julgamento seja da competência dos tribunais do Estado requerente ⁶⁸⁵. Todavia, para qualquer desses efeitos, só será admissível a entrega da pessoa reclamada, no caso de crime, ainda que tentado, punível pela lei portuguesa e pela lei do Estado requerente com pena ou medidas privativas da liberdade de duração máxima não inferior a um ano ⁶⁸⁶; tratando-se de pena pecuniária, o seu montante não poderá ser inferior a trinta unidades de conta; exige-se ainda o consentimento do condenado no caso de se tratar de pena ou medida de segurança privativa da liberdade; no caso de se tratar de um português condenado pelo tribunal estrangeiro, será executada a sentença independentemente do consentimento do condenado na medida em que, como vimos, não pode haver extradição de cidadãos portugueses com fundamento na execução de sentença penal estrangeira ⁶⁸⁷.

⁶⁸² Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, Aprova a lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 31.08.1999. [Consult. em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheDiplomaAprovado.aspx?BID=2802>.

⁶⁸³ Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, Aprova a lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 31.08.1999. [Consult. em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheDiplomaAprovado.aspx?BID=2802>.

⁶⁸⁴ PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel – Processo de extradição. In *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3765-3. P. 404-405.

⁶⁸⁵ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P. 287.

⁶⁸⁶ PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel – Processo de extradição. In *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3765-3. P. 404-405.

⁶⁸⁷ CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5. P. 287.

Para instrução deste processo é elaborado um pedido que deve indicar, entre outros, a garantia formal de que a pessoa reclamada não será extraditada para terceiro Estado, nem detida para procedimento penal, para cumprimento de pena ou para outro fim, por factos diversos dos que fundamentam o pedido e lhe sejam anteriores ou contemporâneos [art.º 44.º, n.º1, al. c)]. Ao pedido de extradição devem, ainda, ser anexados uma lista de elementos, como p. ex., a certidão ou cópia autenticada de decisão condenatória, no caso de extradição para cumprimento da pena, bem como documento comprovativo da pena a cumprir (art.º 44.º, n.º 2). O art.º 54.º consagra o direito de audição do extraditando bem com a possibilidade de oposição por parte dele. Por fim, a certidão da decisão, transitada em julgado, que ordenar a extradição é título necessário e suficiente para a entrega do extraditando⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel – Processo de extradição. In *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3765-3. P. 404-405.

4.1.2. – A Extradução na República Popular da China

A 28 de Dezembro de 2000 foi promulgada a lei de extradição da China que veio preencher as lacunas legais no ordenamento jurídico interno da China que existiam, antes desta data, relativamente às actividades de extradição entre a China e países estrangeiros. A promulgação desta lei demonstra ainda os esforços da China no sentido da despolitização da extradição e alguns avanços no âmbito da protecção dos direitos dos indivíduos. Até à promulgação deste diploma, a China solucionou as questões relativas à extradição através da celebração de tratados com diversos países⁶⁸⁹. De facto, a China celebrou com Portugal um tratado de extradição datado de 1 de Dezembro de 1887, ratificado por carta de 1 de Fevereiro de 1888 e Decreto de 31 de Dezembro de 1888⁶⁹⁰.

De um modo geral, os tratados celebrados pela China, em matéria de extradição, antes da promulgação da lei de 28 de Dezembro de 2000 seguiam um modelo que incluía as seguintes partes: obrigação de extraditar, crimes passíveis de extradição, requisitos obrigatórios para recusa de extradição, requisitos facultativos para a recusa de extradição, princípio da especialidade, o pedido de extradição e documentos exigidos, questões relacionadas com a entrega de infractores e a resolução de divergências na implementação dos tratados⁶⁹¹.

Por outro lado, a maioria dos tratados bilaterais de extradição celebrados pela China observavam os princípios de extradição largamente difundidos apesar de os seus termos específicos não terem sido directamente aplicados. Estes princípios eram⁶⁹²:

- Princípio da dupla criminalização / reciprocidade – Exigia que o crime a extraditar seja qualificado como crime em ambos os Estado contratantes e que o tempo mínimo de pena de prisão prevista para aquele crime seja de um ano.
- Regra da Especialidade – Esta regra encontrava-se incorporada em todos os tratados de extradição ratificados pela China, em artigo separado, prevendo que as pessoas extraditadas não podiam ser detidas, julgadas ou punidas no Estado requisitante por um crime diverso do previsto no pedido de extradição. Esta regra proibia, ainda, a extradição para um terceiro país

⁶⁸⁹ HU, Qian, e CHEN, Qiang - *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.647. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>

⁶⁹⁰ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Art.º 5.º, Anotação 3: Extradicação. In *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 17.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2565-9. P.70.

⁶⁹¹ HU, Qian, e CHEN, Qiang – Summary of the Existing Extradition Treaties Ratified by China. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.648-649. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>

⁶⁹² *Idem, Ibidem*, p.648-649.

a menos que o Estado requisitado o autorizasse, ou se a pessoa não tivesse abandonado o Estado requisitante nos 30 dias a contar da data do procedimento de extradição.

- Proibição de Extradição de nacionais – Este era um dos requisitos obrigatórios de recusa de extradição presente na maioria dos tratados bilaterais de extradição celebrado pela China. As excepções eram os tratados de extradição sino-tailandeses e sino-cambojanos onde existia uma cláusula autónoma intitulada ‘Extradição de Nacionais’.

- *Aut dedere aut judicare* – Todos os tratados de extradição celebrados pela China impunham a obrigação de *aut dedere aut judicare* aos Estado requisitados no caso de se tratar de criminosos de nacionais da China. Assim, garantia-se a inexistência de lacunas jurisdicionais na condenação de crimes cometidos a nível internacional pois o Estado requisitado ou julgava o cidadão chinês ou, não o fazendo, deveria extraditá-lo para a China.

Actualmente, a questão da extradição fica regulada pela Lei da Extradição de 28 de Dezembro de 2000, aprovada pelo comité permanente da assembleia nacional popular na sua 19.^a reunião e pela ordem n.º 42 do Presidente da R.P.C. Jiang Zemin. No âmbito sistemático, esta lei tem um total de 55 artigos, dividida em 4 capítulos que regula princípios gerais, extradição passiva, extradição activa e princípios suplementares⁶⁹³. Em comparação com os *supra* referidos tratados, anteriores a esta lei, o novo diploma acolhe algumas das anteriores regras gerais como é o caso do princípio da dupla criminalização, princípio da especialidade e proibição de extradição de nacionais. Definindo como objectivo da lei o reforço da cooperação internacional no combate ao crime, protecção dos interesses legítimos de pessoas e organizações, salvaguarda dos interesses legítimos de pessoas e organizações, salvaguarda dos interesses do Estado e da ordem social (art.º 1.º), consagra, como princípios fundamentais dessa cooperação, a igualdade e reciprocidade, afastando, simultaneamente, a cooperação nos casos em que a mesma possa ser lesiva da soberania da R.P.C., da segurança ou dos interesses colectivos (art.º 3.º)⁶⁹⁴. Além disso, prevê expressamente a regra de proibição de extradição nos casos de crimes políticos (art.º 8.º, n.º 3) mas nada diz sobre a extradição de indivíduos a quem, potencialmente, será aplicada a pena de morte. Todavia, ao invés do Tratado Modelo de Extradição das Nações Unidas (art.º 6.º do Tratado Modelo), a Lei de Extradição da China

⁶⁹³ *Extradition Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 9.º Congresso Nacional, 28.12.2000. [Consult. em 26.09.2011]. Disponível em http://english.gov.cn/laws/2005-09/22/content_68710.htm.

⁶⁹⁴ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei de extradição. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 539-541.

não acolhe um procedimento simplificado de extradição nem prevê a obrigação de aut dedere aut judicare imposta ao Estado requisitado⁶⁹⁵.

O art.º 7.º da Lei de Extradição da China de 2000⁶⁹⁶ sobre a extradição passiva, *i.e.*, quando o pedido de extradição é dirigido pelo Estado estrangeiro à R.P.C., exige a verificação dos seguintes requisitos para que a extradição se verifique⁶⁹⁷:

- O facto que motiva a extradição tem de ser considerado crime em ambas as leis, da R.P.C. e do Estado requerente;
- Tratando-se de extradição para procedimento criminal, que o facto que a motiva, quer pela lei da R.P.C. que pela lei do Estado requerente, seja punível com pena não inferior a um ano de prisão;
- Tratando-se de extradição para cumprimento de pena, que ao extraditando falte ainda cumprir, pelo menos, seis meses de prisão;

O art.º 8.º n.º 1, 2, 4-8⁶⁹⁸ referem ainda outras circunstâncias que motivam a recusa de extradição por parte da R.P.C.:

- Se o extraditando, de acordo com a lei da R.P.C., tiver nacionalidade chinesa;
- Se, ao tempo do pedido de extradição e relativamente ao crime que lhe é subjacente, as autoridades da R.P.C. tiverem já pronunciado decisão com trânsito em julgado ou tiverem posto termo a processo penal;
- Se a extradição for motivada por crime político ou a R.P.C. tiver dado asilo ao extraditando;
- Se a instauração do procedimento criminal ou da execução da pena se devem a razões de raça, religião, nacionalidade, sexo, ideologia política ou estatuto pessoal ou se, por qualquer desses motivos, o extraditando puder não vir a ter um processo judicial justo;
- Se, de acordo com a lei da R.P.C. ou do Estado requerente, o crime a que se refere a extradição for considerado crime militar;
- Se, de acordo com a lei da R.P.C. ou do estado requerente, ao tempo do recebimento do pedido de extradição já tiver decorrido o prazo de procedimento criminal ou se, por amnistia ou outro motivo já não dever haver responsabilidade criminal;
- Se o extraditando no Estado requerente foi ou puder vir a ser sujeito a tortura ou a tratamento ou pena cruel, desumana ou ofensiva da dignidade humana;

⁶⁹⁵ HU, Qian, CHEN, Qiang, *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002, p. 651. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

⁶⁹⁶ *Extradition Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 9.º Congresso Nacional, 28.12.2000. [Consult. em 26.09.2011]. Disponível em http://english.gov.cn/laws/2005-09/22/content_68710.htm.

⁶⁹⁷ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei de extradição. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 540.

⁶⁹⁸ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro, *Op.cit.*, p. 540.

- Se a extradição for pedida com base em condenação proferida à revelia, excepto se o Estado requerente der garantias de que o extraditado terá oportunidade a um novo julgamento.

A extradição pode ainda ser recusada com base no art.º 9.^{o699}, nos casos em que:

- A apreciação do facto pelo qual é pedida a extradição cabe na jurisdição da R.P.C. e contra o extraditando estiver pendente ou em vias de ser instaurado procedimento criminal;
- Em razão da idade do extraditando, saúde ou outras razões, de acordo com princípios de natureza humanitária.

A instrução do pedido de extradição fica regulada no art.º 11.^{o700} que define que, no pedido, devem constar:

- Identificação do organismo requisitante;
- Identificação exhaustiva do extraditando;
- Descrição da circunstância do facto que lhe é imputado com referência ao tempo e lugar da sua prática e seu resultado e ainda as disposições legais relativas ao crime, respectiva pena e prazo de exercício da acção penal.

As regras processuais da extradição encontram-se previstas na Secção 3, do Capítulo 2 e obedecem à regra da dupla verificação. Num momento prévio, o Ministério dos Negócios Estrangeiros, como autoridade competente para o contacto, examina preliminarmente os documentos exigidos à instrução do processo e averigua da sua conformidade com a Extradição e tratados específicos de extradição. Num primeiro momento, o Supremo Tribunal Popular e, ao nível provincial, os Tribunais Superiores autorizados exercem os seus poderes judiciais certificando-se que se encontram reunidos os requisitos exigidos pela Lei de Extradição e pelos Tratados. Contudo, o poder para decidir em última instância se o indivíduo vai ou não ser julgado na China ou se vai ser concedida a extradição, é da Suprema Procuradoria do Povo (Art.º 21.^o e 43.^{o701}). Num último momento, o Conselho de Estado revê o caso e finalmente decide se deverá ser ou não concedida a extradição⁷⁰².

Apesar de a Lei de Extradição da China impor uma série de exigências que a própria R.P.C. não observa no seu ordenamento jurídico interno (ex.: exclui a extradição no caso de o Estado requerente ter sujeitado ou poder vir a sujeitar o extraditando a tortura ou a tratamento ou pena cruel, desumana ou ofensiva da dignidade humana;), esta lei demonstra, primeiro, a

⁶⁹⁹ *Extradition Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 9.º Congresso Nacional, 28.12.2000. [Consult. em 26.09.2011]. Disponível em http://english.gov.cn/laws/2005-09/22/content_68710.htm.

⁷⁰⁰ *Idem*, *Ibidem*, art.º 11.º.

⁷⁰¹ *Extradition Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 9.º Congresso Nacional, 28.12.2000. [Consult. em 26.09.2011]. Disponível em http://english.gov.cn/laws/2005-09/22/content_68710.htm.

⁷⁰² HU, Qian, e CHEN, Qiang – Procedural Rules of Extradition. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.653. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

disponibilidade da R.P.C. para a cooperação no plano judiciário, visto que os princípios que consagram são próximos dos consagrados na ordem jurídica internacional; segundo, tem o mérito de fazer acolher no ordenamento jurídico interno da R.P.C. conceitos e princípios teóricos de base humanitária que, mais cedo ou mais tarde, reivindicarão assento no sistema penal chinês melhorando, assim, todo o sistema legal⁷⁰³.

⁷⁰³ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – A lei de extradição. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6. P. 541.

4.1.3. - Instrumentos Bilaterais de Cooperação Internacional em Matéria Penal celebrados entre Portugal e a República Popular da China

A comparação entre artigos permite encontrar algumas discrepâncias entre os tratados bilaterais celebrados pela R.P.C. com outros países e a Lei de Extradição da China, pelo que se torna necessário clarificar qual a relação entre a Lei de Extradição e os Tratados de Extradição. Nas actas dos trabalhos sobre a Lei de Extradição, o art.º 2.º, n.º 2, dispunha que *“no caso de discrepância entre os tratados de extradição e a presente lei, os tratados prevalecerão”*. Contudo, depois de uma segunda leitura, o Comité Jurídico da Assembleia Nacional Popular recomendou que este artigo fosse removido do Capítulo dos princípios Gerais para o Capítulo dos princípios Suplementares, passando a ser o art.º 52.º da Lei de Extradição. Este artigo estipularia que, “se os tratados de extradição ou outros tratados onde exista uma cláusula de extradição ratificada ou aceite pela R.P.C. e contenha disposições diferentes das presentes na lei de extradição, então, devem aplicar-se as disposições dos tratados, excepto nas disposições sobre as quais a R.P.C. tenha feito ressalvas.” Contudo, este artigo foi completamente banido do texto da Lei da Extradição aquando da leitura de revisão final antes da promulgação. Ainda assim, existem alguns artigos na Lei da Extradição que, implicitamente, declaram que as disposições dos tratados de extradição são superiores às da Lei de Extradição, pelo menos em alguns aspectos específicos. Por exemplo, o art.º 4.º (relativo à designação das autoridades competentes para efeitos de conversações diplomáticas em sede de extradição) e o art.º 49.º (análise dos documentos requeridos no pedido de extradição) da Lei de Extradição fazem prevalecer o disposto nos tratados em detrimento do disposto na lei de extradição⁷⁰⁴.

Por outro lado, o art.º 17.º do Código de Processo Penal da R.P.C.⁷⁰⁵, introduzido na revisão de 1996, indica que a assistência judicial internacional em matéria penal deve ser implementada *“nos termos e de acordo com os tratados internacionais ratificados ou aceites pela China”*. O art.º 17.º dispõe que *“Nos termos dos tratados internacionais que a R.P.C. ratificou ou aceitou ou de acordo com o princípio da reciprocidade, os órgãos judiciais da China e os órgãos judiciais de*

⁷⁰⁴ HU, Qian, e CHEN, Qiang – Relationship between Extradition Treaties Ratified by China and the Extradition Law. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.652. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>

⁷⁰⁵ ZHOU, Zhen Xiong – General provisions. In *The Criminal Procedure Law of the People Republic of China*. Chicago: Office of International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, 1998. ISBN 0-942511-81-6. P. 3-4.

outros países podem solicitar, entre si, assistência judicial em matéria penal”⁷⁰⁶. Huang Feng⁷⁰⁷ considera que o conceito de “assistência judicial em matéria penal” do art.º 17.º deve significar cooperação judicial no sentido lato e deve ser aplicada às actividades de cooperação judicial internacional em matéria penal, tais como a extradição, a transferência de litígios penais entres jurisdições e reforço recíproco de sentenças criminais⁷⁰⁸. Além deste artigo, a Extradição foi também incorporada no escopo da assistência judicial criminal no âmbito de alguns documentos de interpretação judicial relativos à Lei Processual Penal, p. ex.: art.º 441.º das *Regras da Procuradoria Suprema do Povo sobre Litigância Criminal da Procuradoria do Povo*, promulgada a 18 de Janeiro de 1999; e o art.º 341.º das *Provisões Processuais do Ministério da Segurança Pública sobre o Tratamento de Casos Criminais pelo Órgão de Segurança Pública*, promulgada a 4 de Maio de 1998⁷⁰⁹.

Os principais Instrumentos Bilaterais de Cooperação Internacional em Matéria Penal celebrados entre Portugal e a República Popular da China, que agora destacamos por força da sua proximidade com as formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal descritas nas alíneas a) a f), do n.º 1, do art.º 1.º, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto da República Portuguesa que aprova a Lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal, são:

1) Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre a Transferência de Pessoas Condenadas, assinado em Pequim em 31 de Janeiro de 2007⁷¹⁰, aprovado por Resolução da Assembleia da República n.º 32/2009, de 30/04 e ratificado por

⁷⁰⁶ CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen – Legal Basis of China’s Extradition System. In *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001. Trabalho de Investigação, p. 2-3. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>.

⁷⁰⁷ HUANG, Feng, *apud* CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen – Legal Basis of China’s Extradition System. In *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001. Trabalho de Investigação, p. 2, Nota 2. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>.

⁷⁰⁸ HUANG, Feng, *apud* CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen, *Op.cit.*, p. 2, nota 2.

⁷⁰⁹ Zuigao Renmin Fayuan – *Zuixin Xingshi Falu Sifa Jieshi Huibian (the Supreme People’s Court – the Collection of the Latest Judicial Interpretation on Criminal Law)*, compiled by Zuigao Renmin Fayuan Yanjiushi (the Research Department of the Supreme People’s Court), Beijing: Jingguan Jiaoyue Chubanshe, 1999, revised edition. *apud* CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen – Legal Basis of China’s Extradition System. In *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001. Trabalho de Investigação, p. 2, Nota 2. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>.

⁷¹⁰ *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre a Transferência de Pessoas Condenadas*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2007]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

Decreto do Presidente da República n.º 44/2009, de 30/04. O Aviso n.º 130/2009 de 30-12, do M.N.E. comunica que, “em 25 de Junho de 2009 e em 9 de Setembro de 2009, foram emitidas notas, respectivamente, pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal e pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros da República Popular da China, em que se comunica terem sido cumpridas as respectivas formalidades internas de aprovação do Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre a Transferência de Pessoas Condenadas, assinado em Pequim em 31 de Janeiro de 2007.” O Tratado entrou em vigor no dia 15 de Outubro de 2009, 30 dias após a data de recepção da última notificação por escrito e por via diplomática comunicando o cumprimento das respectivas formalidades constitucionais ou legais para entrada em vigor, nos termos do art.º 19.º, n.º 1 do Tratado.

2) Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradução, assinado em Pequim em 31 de Janeiro de 2007⁷¹¹, aprovado por Resolução da Assembleia da República n.º 31/2009 de 30/04 e ratificado por Decreto do Presidente da República n.º 43/2009 de 30/04.

3) Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, assinado em Lisboa em 9 de Dezembro de 2005⁷¹², aprovado para ratificação por Resolução da Assembleia da República n.º 23/2009, de 01-04-2009 e ratificado por Decreto do Presidente da República n.º 26/2009, de 01-04-2009.

4) Acordo Relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, assinado em 24 de Maio de 2001⁷¹³, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 54/2004, de 21 de Julho e ratificado por Decreto do Presidente da República n.º 37/2004, de 21 de Julho. O Aviso n.º 185/2004, de 4 de Dezembro de 2004 torna público terem sido cumpridas as respectivas formalidades internas de aprovação do Acordo. Entrou em vigor em 7.11.2004.

⁷¹¹ *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradução*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

⁷¹² *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradução*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

⁷¹³ *Acordo Relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal*, 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. 22.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

5) Acordo Relativo à Transferência de Pessoas Condenadas, assinado em 24 de Maio de 2001⁷¹⁴, aprovado para ratificação por Resolução da Assembleia da República n.º 55/2004, de 21 de Julho e ratificado por Decreto do Presidente da República n.º 38/2004, de 21 de Julho. Foi publicitado no Aviso n.º 190/2004, de 4 de Dezembro de 2004 terem sido cumpridas as respectivas formalidades internas de aprovação do Acordo. Entrou em vigor em 7.11.2004.

6) Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga, assinado em 24 de Maio de 2001⁷¹⁵, aprovado para ratificação por Resolução da Assembleia da República n.º 53/2004, de 21 de Julho e ratificado por Decreto do Presidente da República n.º 36/2004, de 21 de Julho. O Aviso n.º 184/2004, de 3 de Dezembro de 2004 tornou público o facto de terem sido cumpridas as respectivas formalidades internas de aprovação do Acordo. Entrou em vigor em 7.11.2004.

Os presentes diplomas regulam, de um modo específico entre a República Portuguesa e a República Popular da China, algumas das formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal que se encontram sumariadas no art.º 1.º, n.º 1 da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto da República Portuguesa que aprova a Lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal. Como anteriormente vimos, essas formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal são: Extradicação; Transmissão de processos penais; Execução de sentenças penais; Transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade; Vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente, Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal.

Dos Instrumentos Bilaterais celebrados entre Portugal e a R.P.C. cabe-nos agora uma breve referência ao âmbito de aplicação e disposições gerais de cada um bem como a forma como dispõem acerca do *ne bis in idem*.

⁷¹⁴ *Acordo Relativo à Transferência de Pessoas Condenadas*, 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

⁷¹⁵ *Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga*, assinado em 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

4.1.3.1. - Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre a Transferência de Pessoas Condenadas de 31 de Janeiro de 2007 ⁷¹⁶

O âmbito de aplicação deste tratado fica definido no seu artigo 2.º, indicando que “*As Partes podem, de acordo com as disposições deste Tratado, transferir uma pessoa condenada de uma para a outra para fazer cumprir, no território da Parte da execução, a pena imposta à pessoa.*” Contudo, a transferência de uma pessoa condenada apenas ocorrerá quando verificados um dos seguintes requisitos (art.º 4.º, n.º1): “*a) A pessoa condenada for um nacional da Parte da execução; b) A conduta em virtude da qual a pena foi imposta à pessoa condenada também constituir um crime ao abrigo do direito da Parte da execução; c) A decisão imposta à pessoa condenada tiver começado a produzir efeitos quando o pedido de transferência é apresentado e o período de tempo a ser cumprido pela pessoa condenada for de pelo menos um ano; (Nestes casos, as Partes podem consentir numa transferência ainda que o período de tempo a cumprir pela pessoa condenada seja inferior a um ano, nos termos do art.º 4.º, n.º 2) d) A transferência for consentida por escrito pela pessoa condenada ou pelo representante legal da pessoa quando uma das Partes o considerar necessário em virtude da idade e das condições físicas ou mentais da pessoa; e, e) Ambas as Partes acordarem na transferência*”.

Em termos de execução da pena, “*Se o tipo e a duração da pena, tal como determinada pela Parte da condenação, forem incompatíveis com o direito da Parte da execução, a Parte da execução pode converter a pena na pena prescrita pelo seu direito interno para um crime semelhante para efeitos de execução. Caso se verifique uma tal conversão:*

a) A Parte da execução ficará vinculada ao conhecimento dos factos indicados na decisão da Parte da condenação;” (art.º 10.º, n.º1, al. a). Destacamos aqui a alínea a) na medida em que releva para a integração do espírito do *ne bis in idem* no âmbito do Tratado. De facto, se a Parte da execução, para efeitos de conversão de pena, fica única e estritamente vinculada ao conhecimento dos factos indicados na condenação, ou seja, não poderá condenar novamente pelos mesmos factos por ocasião da conversão de pena. Esta disposição legal constitui, pois, um limite à Parte da execução evitando o desrespeito pelo *ne bis in idem*. Também neste sentido, a previsão do n.º 1, do art.º 11.º, sobre novo Julgamento: “*Só a Parte da condenação tem o direito de voltar a julgar o caso*”.

Este Tratado, celebrado com a R.P.C., bem como o Acordo celebrado entre Portugal e o Governo da R.A.E. de Hong Kong sobre a transferência de pessoas condenadas regulam, de modo específico entre as Partes envolvidas, uma das formas de cooperação judiciária

⁷¹⁶ *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre a Transferência de Pessoas Condenadas*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

internacional em matéria penal do ordenamento jurídico-penal interno português prevista na al. d), do n.º 1, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto e desenvolvida no Capítulo IV, do seu Título IV, sobre a cooperação judiciária internacional em matéria penal. Assim, sempre que Portugal coopere com a R.P.C. no âmbito da transferência de pessoas condenadas, terá de recorrer, *a priori*, ao disposto nos Tratados e Acordo. A solução primordial para dirimir controvérsias é, nos termos do Tratado, a “consulta por via diplomática” (art.º 18.º, do Tratado).

4.1.3.2. - Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradicação de 31 de Janeiro de 2007 ⁷¹⁷

Por obrigação de extradicação, deve entender-se, o compromisso de cada Parte, “nos termos das disposições deste Tratado e a pedido da outra Parte, a extraditar reciprocamente pessoas encontradas no seu território e procuradas pela outra Parte para efeitos de condução de processos criminais ou execução de sentença decretada contra tal pessoa”. (art.º 1.º).

A extradicação obedece a alguns requisitos. Só será concedida extradicação quando verificados dois requisitos cumulativos: primeiro, o acto pelo qual a extradicação é pedida tem de constituir um crime ao abrigo do direito de ambas as Partes; segundo, tem de preencher uma das seguintes condições: “a) Nos casos em que o pedido de extradicação se destine à condução de um processo criminal, o crime seja punível ao abrigo do direito de ambas as Partes com pena de prisão superior a um ano; ou b) Nos casos em que o pedido de extradicação se destine à execução de uma sentença decretada, o período da pena ainda por cumprir pela pessoa reclamada seja de pelo menos seis meses no momento em que o pedido de extradicação é apresentado”. (art.º 2.º, n.º 1, al. a) e b)). Como motivo de recusa para a extradicação, o Tratado elenca uma lista exaustiva de fundamentos imperativos à recusa (art.º 3.º, n.º1, al. a) a h)), da qual destacamos as alíneas f) e g), por reflectirem o respeito pelo caso julgado e a necessidade de um julgamento justo; assim, a extradicação será recusada se: “f) A Parte requerida já tiver emitido decisão válida ou tiver dado por concluído o processo criminal contra a pessoa reclamada relativamente ao crime pelo qual a extradicação é pedida; g) O pedido de extradicação for apresentado pela Parte requerente na sequência de julgamento na ausência do arguido, salvo se a Parte requerente garantir que a pessoa reclamada tem o direito e a oportunidade de recorrer da condenação ou de requerer novo julgamento na sua presença depois de extraditado”. A extradicação será ainda recusada nos casos em que:

- “a) A Parte requerida considerar o crime pelo qual a extradicação é pedida um crime político ou que a Parte requerida concedeu asilo à pessoa reclamada;
- b) A Parte requerida tiver motivos relevantes para acreditar que o pedido de extradicação foi feito com o fim de mover uma acção ou punir a pessoa reclamada em virtude da sua raça, sexo, religião, nacionalidade ou opinião política ou que a sua situação processual pode ser prejudicada por qualquer das referidas razões;
- c) O crime pelo qual a extradicação é pedida constituir unicamente um crime militar;
- d) A pessoa reclamada for um nacional da Parte requerida no momento em que o pedido de extradicação é recebido pela Parte requerida;
- e) A pessoa reclamada estiver, ao abrigo do direito de qualquer das Partes, isenta de responsabilidade criminal em virtude de quaisquer razões, tais como prescrição ou perdão;

⁷¹⁷ Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradicação, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

h) A execução do pedido colocasse em causa a soberania, a segurança, a ordem pública ou outros interesses públicos essenciais da Parte requerida ou se fosse contrária aos princípios fundamentais do seu direito interno”.

A recusa de extradição poderá ser facultativa se (art.º 4.º):

“a) A Parte requerida tiver competência criminal para julgar o crime pelo qual a extradição é pedida ao abrigo do seu direito interno e estiver a conduzir ou a ponderar instaurar um processo contra a pessoa reclamada por aquele crime; ou

b) A extradição for incompatível com considerações humanitárias em virtude da idade, saúde ou outras condições da pessoa reclamada”.

No art.º 8.º, verificamos que a aplicação do *ne bis in idem* fica afastada no âmbito da apresentação de novo pedido de extradição admitindo-se a possibilidade de apresentação de novo pedido de extradição pelo mesmo crime nos casos em que a Parte requerente não apresenta informações adicionais pedidas pela Parte requerida, em virtude da insuficiência da informação inicialmente fornecida pela Parte requerente para fundamentar um pedido de extradição. Contudo, de modo diverso dispõe o art.º 11.º relativo à Entrega de pessoa a ser extraditada que acolhe o *ne bis in idem* prevendo uma exceção à sua observância. *“Se a extradição tiver sido concedida pela Parte requerida, as Partes acordarão relativamente ao tempo, lugar e outras questões relevantes respeitantes à execução da extradição”* (N.º 1). No entanto, *“se a Parte requerente não tiver recebido a pessoa a ser extraditada no prazo de 15 dias após a data acordada para a execução da extradição, a Parte requerida libertará tal pessoa de imediato, podendo recusar novo pedido da Parte requerente para a extradição de tal pessoa pelo mesmo crime, (N.º 3) excepto se a Parte não entregar ou receber a pessoa a ser extraditada no prazo acordado por razões fora do seu controlo, e tendo notificado prontamente a outra Parte (N.º 4)”*.

O Tratado de extradição em análise acolhe ainda o princípio da especialidade (art.º 14.º) logo, *“A pessoa extraditada nos termos deste Tratado não será sujeita a processo judicial ou a execução de pena na Parte requerente relativamente a um crime por si cometido antes da sua entrega que não por aquele pelo qual a extradição é concedida nem será reextraditada para um terceiro Estado.”* Admite, não obstante, três exceções: *“a) A Parte requerida tiver dado o seu prévio consentimento. Para efeitos de tal consentimento, a Parte requerida pode exigir a apresentação dos documentos e informações mencionados no artigo 7.º deste Tratado e uma declaração da pessoa extraditada relativamente ao crime em questão;*
b) Tal pessoa não tiver abandonado a Parte requerente no prazo de 45 dias após estar livre para o fazer. Este prazo não incluirá, contudo, o tempo durante o qual a pessoa não abandonar a Parte requerente por razões alheias à sua vontade; ou
c) Tal pessoa tiver voluntariamente regressado à Parte requerente depois de a ter abandonado”.

Este Tratado, celebrado entre Portugal e a R.P.C. sobre a extradição regula, de modo particular entre as Partes, uma outra formas de cooperação judiciária internacional em matéria

penal do ordenamento jurídico-penal interno português prevista na al. a), do n.º1, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto e desenvolvida no seu Título II, sobre a cooperação judiciária internacional em matéria penal. Assim, sempre que Portugal coopere com a R.P.C. no âmbito da Extradução, terá de recorrer, *a priori*, ao disposto no presente Tratado sendo que a solução primordial para dirimir controvérsias é, nos termos do Tratado, a “*consulta por via diplomática*” (art.º 20.º, do Tratado).

4.1.3.3. - Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 9 de Dezembro de 2005 ⁷¹⁸

Este Acordo prevê a prestação de auxílio judiciário mútuo em matéria penal, de acordo com os princípios da igualdade, reciprocidade e benefício mútuo (Art.º 1.º, N.º 1), e que pode incluir (N.º 2): “a) A entrega de documentos relativos a procedimentos penais; b) A solicitação de interrogatórios e inquirições; c) O envio de documentos, de antecedentes criminais e de elementos de prova; d) A obtenção e a transmissão de relatórios periciais; e) A localização ou identificação de pessoas; f) A realização de buscas ou de exames de lugares ou objectos; g) Notificação para comparência de pessoas para testemunhar ou para colaborar no âmbito de investigações; h) A entrega temporária de pessoas que se encontram detidas para fins de realização de acto de investigação; i) A realização de investigações, buscas, congelamentos e apreensões; j) A perda a favor do Estado do produto de actividades criminosas, bem como dos instrumentos do crime; k) A notificação da decisão final do procedimento penal e informação sobre registos criminais; l) A troca de informações sobre o direito respectivo; m) Outras formas de auxílio que não sejam contrárias à lei do Estado requerido”.

O Estado requerido poderá recusar auxílio nos termos do Art.º 3.º, N.º 1, Al. a) a f)). Destacamos a alínea e) por espelhar uma obediência clara ao *ne bis in idem*. Um Estado poderá, então, recusar auxílio quando: e) No Estado requerido o procedimento estiver pendente ou já estiver extinto ou se já houver uma decisão transitada em julgado contra o suspeito ou arguido pelo mesmo facto a que se refere o pedido. Os outros motivos para recusa são: “a) Os factos a que se refere o pedido não constituírem uma infracção nos termos do direito do Estado requerido; b) O Estado requerido considerar que o pedido respeita a uma infracção política; c) O pedido respeita a uma infracção estritamente militar nos termos do direito do Estado requerido; d) O Estado requerido tiver fundadas razões para crer que o pedido é feito com o fim de investigar, perseguir, punir ou instaurar qualquer outro procedimento contra uma pessoa em virtude da sua raça, religião, sexo, nacionalidade, das suas convicções políticas, ou que a situação processual dessa pessoa pode ser prejudicada por qualquer dessas razões; f) O Estado requerido considerar que a execução do pedido é susceptível de pôr em causa a sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais, ou conflitua com os princípios fundamentais do seu direito interno”. A forma e o conteúdo dos pedidos devem conter informações várias como a descrição da natureza do caso, um resumo dos factos relevantes bem como da legislação aplicável ao caso a que se refere o pedido (Art.º 4.º, N.º 2, Al. b)). Clarificando o sentido da expressão ‘infracção política’, o n.º 2, do art.º 3.º prevê que “*Não se consideram de*

⁷¹⁸ Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, Lisboa, 9 de Dezembro de 2005. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 09.12.2005. [Consult. em 22.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

natureza política as infracções que não são consideradas como tais em tratado, convenção ou acordo internacional de que os Estados Contratantes sejam Partes”.

A cooperação não se restringe ao âmbito deste diploma tanto que “*o presente Acordo não impede que qualquer dos Estados Contratantes preste auxílio ao outro Estado Contratante em conformidade com qualquer outro instrumento internacional aplicável ou com as suas leis. Os Estados Contratantes poderão igualmente prestar-se auxílio em conformidade com qualquer outro arranjo ou prática aplicável*” (Art.º 19.º); se bem que, tal como nos diplomas anteriores, a resolução de controvérsias é feita “*mediante consultas*” (Art.º 20.º, do Tratado).

O auxílio judiciário mútuo em matéria penal, no ordenamento jurídico-penal interno português, encontra-se previsto na al. f), do n.º 1, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, sobre a cooperação judiciária internacional em matéria penal, e desenvolvido no seu Título VI.

4.1.3.4. - Acordo relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal de 24 de Maio de 2001⁷¹⁹

O Acordo Relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, assinado a 24 de Maio de 2001, foi celebrado entre a República Portuguesa e o Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong, da República Popular da China e prevê o compromisso das Partes em, de acordo com as disposições do Acordo, “*conceder mutuamente auxílio no que respeita à investigação, procedimento criminal e processos em matéria penal*” (Art.º 1.º, n.º 1). Este Acordo, anterior ao supra referido Acordo celebrado entre Portugal e a R.P.C. em 9 de Dezembro de 2005, é em tudo semelhante ao Acordo de 2005. Bom, quase tudo. Destacamos, pois, uma particularidade deste Acordo, no nosso entender relevante por ausente no Acordo de 2005, no âmbito dos motivos de recusa ou diferimento do auxílio judiciário (Art.º 4.º, N.º 3): “*A Parte requerida recusará auxílio caso o pedido se refira a uma infracção punível com a pena de morte na Parte requerente ou caso o pedido se refira a uma infracção punível, em conformidade com a lei da Parte requerente, com pena de prisão perpétua ou pena de prisão de duração indeterminada, salvo se, neste caso, a Parte requerente der à Parte requerida garantias consideradas suficientes de que estas penas não irão ser aplicadas ou, se o forem, não serão executadas*”.

⁷¹⁹ *Acordo Relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal*, 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. 22.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

4.1.3.5. - Acordo relativo à Transferência de Pessoas Condenadas de 24 de Maio de 2001⁷²⁰

O Acordo Relativo à Transferência de Pessoas Condenadas, assinado a 24 de Maio de 2001, foi celebrado entre a República Portuguesa e o Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong, da República Popular da China e prevê que uma pessoa condenada pode, em conformidade com o Acordo, “*ser transferida do território da Parte da condenação para o território da Parte da execução para aí cumprir a pena que lhe foi imposta*” (Art.º 2.º).

Este Acordo é, também, muito semelhante ao celebrado a 31 de Janeiro de 2007 entre Portugal e a R.P.C. sobre a mesma matéria. Todavia, destacamos o Art.º 4.º que elenca uma lista das condições para a transferência e, na sua alínea e), contém uma decorrência do *ne bis in idem* (Art.º 4.º, Al. e): “*A transferência de uma pessoa condenada apenas pode ter lugar nas seguintes condições: e) Se a sentença tiver transitado e não houver, relativamente a essa infracção*” - (*mesmo facto*) - “*ou a qualquer outra, mais processos pendentes na Parte da condenação*”.

⁷²⁰ Acordo Relativo à Transferência de Pessoas Condenadas, 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

4.1.3.6. - Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga de 24 de Maio de 2001⁷²¹

O Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga foi assinado a 24 de Maio de 2001 entre a República Portuguesa e o Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong, da República Popular da China e refere-se à obrigação recíproca que as Partes assumem em “entregar”, segundo as disposições consignadas no Acordo, “qualquer pessoa que se encontre na área da jurisdição da Parte requerida e que for reclamada pela Parte requerente para efeitos de procedimento criminal ou para a aplicação ou cumprimento de uma pena por infracção penal descrita no artigo 2.º”, que elenca uma extensa lista de infracções (Art.º 1.º). Este instrumento bilateral é peculiar na medida em que Portugal não celebrou nenhum Acordo sobre esta matéria directamente com a R.P.C.. A entrega será recusada, sem mais, no caso de pena de morte, mas já não no caso de pena de prisão perpétua nem de prisão de duração indeterminada (Art.º 4.º, N.º 1 e 2): “1 - A entrega será recusada caso a infracção penal, em virtude da qual, de harmonia com o presente Acordo, a entrega é solicitada, for punível pela lei da Parte requerente com pena de morte.

2 – De harmonia com o presente acordo, nos casos em que a infracção penal, que determina a entrega, for punível pela lei da Parte requerente com pena de prisão perpétua ou com pena de prisão de duração indeterminada, a entrega será recusada salvo se esta der à Parte requerida garantias consideradas suficientes de que estas penas não serão impostas ou, se o forem, não serão executadas”. Dos motivos obrigatórios de recusa da entrega destacamos o N.º 2, do Art.º 6.º por prever o respeito pelo princípio do caso julgado: “Não será entregue o infractor em fuga que tenha sido absolvido ou definitivamente condenado pelos factos que fundamentam o pedido ou, no caso de condenação, que tenha cumprido a pena ou cuja pena lhe tenha sido perdoada, ou se o procedimento criminal se mostrar extinto, de acordo com a lei da Parte requerente ou requerida”. Já a protecção conferida pelo *ne bis in idem* pode ter acolhimento, em sentido lato, no corpo da al. d), do Art.º 7.º: “A entrega é susceptível de ser recusada caso a Parte requerida considere que: d) A infracção pode colocar essa Parte em infracção às suas obrigações no âmbito de tratados internacionais”. Contudo, é a al. b), do N.º1, do Art.º 18.º, sobre a Regra da especialidade e reentrega, que confere uma clara decorrência do *ne bis in idem*: “Um infractor em fuga que foi entregue não poderá ser perseguido, condenado, detido ou sujeito a qualquer outra restrição da sua liberdade pessoal pela Parte requerente por uma infracção penal cometida antes da sua entrega que não seja:

b) Uma infracção penal, independentemente da forma como se encontra descrita, baseada substancialmente nos mesmos factos referentes aos quais a sua entrega foi concedida, desde que tal infracção penal seja uma daquelas pela qual ele poderia, ao abrigo do presente Acordo, ser entregue e desde que essa

⁷²¹ Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga, assinado em 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

infracção penal seja punível por uma pena menos grave do que a pena imposta pela infracção penal em virtude da qual ele foi entregue;”. Em todos os outros casos não previstos no N.º 1, do Art.º 18.º, o infractor em fuga que foi entregue não poderá ser perseguido, condenado, detido ou sujeito a qualquer outra restrição da sua liberdade pessoal pela Parte requerente por uma infracção penal cometida antes da sua entrega⁷²².

⁷²² *Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga*, assinado em 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

4.2. – Levantamento de possíveis conflitos em sede de Cooperação Internacional Judicial e Judiciária

No presente capítulo iremos proceder ao levantamento de situações passíveis de colisão, em sede de cooperação internacional judicial e judiciária em matéria penal, entre Portugal e a R.P.C.. Para isso, primeiro, seleccionamos a forma de cooperação judiciária internacional em matéria penal da Extradução; segundo, determinamo-nos pela análise de três questões controversas debatidas pela doutrina chinesa⁷²³ e presentes na Lei da Extradução da R.P.C. de 2000; terceiro, pela apresentação de um caso prático hipotético, com duas ‘subhipóteses’, envolvendo a aplicação do *ne bis in idem*, a cidadãos portugueses e chineses por crimes cometidos em Portugal contra a R.P.C.. Por fim, procederemos à apresentação de soluções possíveis, para as quatro questões agora apresentadas, na legislação portuguesa, chinesa e tratados bilaterais sobre a cooperação internacional judicial e judiciária em matéria penal.

1.ª Questão

A Lei de Extradução da R.P.C. de 2000 não se refere a questões como:

- a) a extradição de arguidos que possam vir a ser sujeitos à pena de morte;
- b) o princípio de *aut dedere aut judicare*;
- c) o processo de extradição simplificado; ou,
- d) a relação entre a Lei de Extradução da R.P.C. de 2000 e os tratados ratificados pela R.P.C.⁷²⁴

2.ª Questão

Alguma doutrina questiona as regras processuais, defendendo que o poder de verificação judicial da extradição deveria ser transferido do Tribunal para a Procuradoria. Esta doutrina também sugere que o poder executivo de verificação da extradição deveria ser da

⁷²³ HU, Qian, e CHEN, Qiang – Problems Open to Discussion. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.653,654. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

⁷²⁴ HU, Qian, e CHEN, Qiang, *Op.cit.*, p. 653, 654.

competência do Ministério da Justiça e não do Ministério dos Negócios Estrangeiros e Conselho de Estado⁷²⁵.

3.^a Questão

a) Na Lei de Extradução da R.P.C. de 2000, não existem quaisquer acordos ou regras oficiais que regulem a entrega de fugitivos entre a China continental e Hong Kong e Macau.

b) Devido à vigência do princípio “Um País, Dois Sistemas” na China continental, Hong Kong e Macau, questiona-se se a regra da especialidade será efectivamente capaz de limitar a reentrega de infractores em fuga⁷²⁶.

4.^a Questão

a) Um cidadão de nacionalidade portuguesa que, em território português, profane a Bandeira Nacional ou o Emblema Nacional da R.P.C. intencionalmente queimando-os, mutilando-os, rabiscando-os, desonrando-os ou espezinhando-os num local público, qual a Lei penal e processual penal que verá ser-lhe aplicada? Poderá este cidadão português ver-se eventualmente afastado da esfera de protecção do *ne bis in idem*? E quanto à Extradução, constitui ou não uma possibilidade?

Quid Juris.

b) Um cidadão de nacionalidade chinesa que, em território português, organize um plano que vise a subversão do poder do Estado e o derrube do sistema socialista da R.P.C., poderá ou não ser extraditado? Qual a Lei Penal e Processual Penal que o rege? Poderá este cidadão chinês ver-lhe negada a protecção do *ne bis in idem*?

Quid Juris.

⁷²⁵ ZHOUHONGJUN, e SHIYUBIN, Wanshan, *apud* HU, Qian, e CHEN, Qiang – Problems Open to Discussion. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.653, Nota 28.[Consult. em 20.09.2011].Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

⁷²⁶ HU, Qian, e CHEN, Qiang – Problems Open to Discussion. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.653,654. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

4.3. – Proposta de resolução de conflitos

1.ª Questão – Proposta de Solução

a) A Lei de Extradução da R.P.C. de 2000⁷²⁷ não trata directamente a questão da extradição de arguidos que possam vir a ser sujeitos à pena de morte. Com efeito, a não extradição por crimes punidos com a pena de morte é outro dos princípios controversos nos Tratados de Extradução Bilaterais celebrados com a R.P.C.⁷²⁸ Apesar de não ser explicitamente adoptado em nenhum Tratado de Extradução, tem vindo a ser aceite pela R.P.C. em certa medida. De acordo com a opinião de alguma doutrina (Huang Feng)⁷²⁹, a China adoptou quatro formas de lidar com este princípio. A primeira é persuadir a outra Parte contratante a não codificar este princípio no seu tratado bilateral. A segunda, é a imposição à outra Parte da utilização de expressões vagas garantindo discrição relativamente a este assunto. Terceiro, passa pela omissão deste princípio pelo texto dos tratados, redigindo, simultaneamente, um comentário no memorando de negociação que remete a resolução desta questão para o âmbito do caso concreto. A quarta forma é semelhante à terceira mas utiliza disposições que estabelecem que ambas as Partes se obrigam a ter em consideração a natureza das Leis do outro Estado quando se trate de lidar com a extradição daqueles que poderão vir a ser condenados à pena de morte ou dos que já foram condenados à pena de morte. Para alguma doutrina⁷³⁰, esta é a prova do desejo de formulação de uma regra geral sobre esta questão mais do que solucionar-lo no caso concreto⁷³¹.

Esta última forma de resolver a questão da extradição por crimes punidos com a pena de morte foi a adoptada no tratado bilateral sobre Extradução celebrado entre Portugal e a R.P.C.. Assim, o conflito que poderia surgir ao nível da cooperação internacional judicial e

⁷²⁷ *Extradition Law of the People's Republic of China*. [Em linha]. R.P.C.: 9.º Congresso Nacional, 28.12.2000. [Consult. em 26.09.2011]. Disponível em http://english.gov.cn/laws/2005-09/22/content_68710.htm.

⁷²⁸ HU, Qian, e CHEN, Qiang – Summary of the Existing Extradition Treaties Ratified by China. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.650. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>

⁷²⁹ HUANG, Feng, *apud* HU, Qian, e CHEN, Qiang – Summary of the Existing Extradition Treaties Ratified by China. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.650, Nota 16. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>

⁷³⁰ HUANG, Feng, *apud* HU, Qian, e CHEN, Qiang, *Op.cit.*, p. 650, Nota 16.

⁷³¹ HU, Qian, e CHEN, Qiang – Summary of the Existing Extradition Treaties Ratified by China. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.650. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

judiciária em matéria penal com Portugal fica, desde logo, afastado pelas disposições do Tratado celebrado entre Portugal e a R.P.C., a 31 de Janeiro de 2007⁷³², sobre a Extradução.

Assim, o art.º 2.º, n.º 1 exige a verificação de dois requisitos cumulativos para que se conceda a Extradução: primeiro, “a extradição será concedida unicamente quando o acto pelo qual a extradição é pedida constituir um crime ao abrigo do direito de ambas as Partes”; segundo, tem de ficar preenchida uma das seguintes condições das alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 2.º, a) “Nos casos em que o pedido de extradição se destine à condução de um processo criminal, o crime seja punível ao abrigo do direito de ambas as Partes com pena de prisão superior a um ano; ou b) Nos casos em que o pedido de extradição se destine à execução de uma sentença decretada, o período da pena ainda por cumprir pela pessoa reclamada seja de pelo menos seis meses no momento em que o pedido de extradição é apresentado”. Verificamos, pois, que ambas as alíneas afastam a possibilidade de se encontrar prevista a pena de morte, admitindo apenas a pena de prisão.

Todavia, o Tratado prevê ainda mais uma salvaguarda que afasta a possibilidade de aplicação da pena de morte conforme dispões o art.º 3.º, n.º 1, al. h) do Tratado. Este artigo impõe como fundamento imperativo de recusa da extradição os casos em que “*A execução do pedido colocasse em causa a soberania, a segurança, a ordem pública ou outros interesses públicos essenciais da Parte requerida ou se fosse contrária aos princípios fundamentais do seu direito interno*”. Com efeito, a pena de morte é totalmente contrária aos princípios fundamentais do direito interno português, desde logo, pelo texto da C.R.P. que consagra o Direito à vida como o primeiro dos princípios, liberdades e garantias, no art.º 24.º da C.R.P.⁷³³ e o Direito à integridade pessoal, moral e física, no art.º 25.º da C.R.P., ambos abrangidos pelo âmbito do art.º 18.º da C.R.P. que lhes confere uma aplicabilidade directa e restringe os limites das eventuais restrições de que possam ser alvos. De facto, a pena de morte diminui claramente a extensão e o alcance do ‘*conteúdo essencial*’ do Direito à vida e do Direito à integridade pessoal, sendo, por isso, totalmente contrário aos princípios fundamentais do direito português a execução de um pedido de extradição cujo fim visasse a aplicação da pena de morte. Por outro lado, o art.º 33.º n.º 6 da C.R.P., ainda no capítulo dos direitos, liberdades e garantias, estabelece que “*não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante,*

⁷³² *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradução*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

⁷³³ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital - Artigos 18.º, 24.º, 25.º, 33.º. In *C.R.P. Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Vol. I. p. 527-537.

*pena de morte ou qualquer outra de que resulte lesão irreversível da integridade física*⁷³⁴. A este propósito, propomos o exemplo histórico, no Anexo I da presente dissertação, do disposto no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1146/96, publicado no *Diário da República*, I-A, de 20 de Dezembro de 1996, que declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do art.º 33.º, n.º 3, da Constituição da República, da norma constante do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto (em vigor, à época, no território de Macau), na parte em que permite a extradição por crimes puníveis no estado requerente com a pena de morte, havendo garantia da sua substituição, se esta garantia, de acordo com o ordenamento penal e processual do Estado requerente, não for juridicamente vinculante para os respectivos tribunais⁷³⁵.

Assim, e em virtude da C.R.P. e do disposto no Tratado de Extradução entre Portugal e a R.P.C., fica completamente afastada a possibilidade de aceitação do pedido de extradição nos casos em que dele resulte a aplicação de pena de morte.

b) O princípio *aut dedere aut judicare*, que impõe a obrigação de instauração de um processo judicial, apesar de ausente da Lei de Extradução da R.P.C. de 2000, esteve sempre presente nos Tratados Bilaterais que a R.P.C. celebrou com outros países em matéria de extradição, mesmo antes da promulgação da Lei de Extradução de 2000⁷³⁶.

No Tratado Bilateral sobre a Extradução celebrado entre Portugal e a R.P.C.⁷³⁷ vemos a consagração deste princípio no art.º 5.º do Tratado (sob a epígrafe “*Obrigações de instauração de processo criminal na Parte requerida*”) que estabelece que, nos casos em que a extradição for recusada, por se tratar da extradição de um nacional da Parte requerente (art.º 3.º, n.º 1, al. d), do Tratado), “*a Parte requerida, a pedido da Parte requerente, submeterá o caso à autoridade competente respectiva para efeitos de instauração de processo criminal de acordo com o seu direito interno. Para este efeito, a Parte requerente fornecerá à Parte requerida documentos e meios de prova relativos ao caso*”. Assim, esta questão fica solucionada no âmbito da cooperação internacional em matéria penal.

⁷³⁴ Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto.

⁷³⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1146/96, Relator Alves Correia. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 20.12.1996. [Consultado em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19961146.html> e PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel – Processo de extradição. In *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3765-3. P. 405.

⁷³⁶ HU, Qian, e CHEN, Qiang – Summary of the Existing Extradition Treaties Ratified by China. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P.648-649. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

⁷³⁷ Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradução, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

Parece-nos, contudo, que a ausência da consagração do princípio *aut dedere aut judicare* na Lei de Extradução da R.P.C. de 2000 pode ser ultrapassada por recurso ao argumento *a majori ad minus*. De facto, o Código Penal da R.P.C., na revisão de 1997⁷³⁸, no seu art.º 9.º prevê que a Lei Penal da R.P.C. deve ser aplicada aos crimes tipificados nos tratados internacionais ratificados ou aceites pela R.P.C. e sobre os quais a R.P.C. exercerá jurisdição criminal dentro dos limites das suas obrigações, prescritas nestes tratados, e que aceitou desempenhar. Deste modo, se a própria Lei Penal da R.P.C., por força do disposto no seu art.º 9.º, subordina-se, neste aspecto, aos tratados internacionais na medida em que se obriga a respeitar e aplicar os princípios estipulados nos tratados internacionais que celebrou relativamente aos crimes neles previstos. Então, por maioria de razão, a Lei de Extradução da R.P.C. de 2000, instrumento legislativo de valor inferior à Lei Penal, deverá operar do mesmo modo que a Lei Penal. Em suma, se a Lei Penal da R.P.C. obriga-se a aplicar, por força do art.º 9.º do Código Penal da R.P.C., o princípio *aut dedere aut judicare* consagrado na maioria dos Tratados Bilaterais de Extradução, celebrados pela R.P.C., aos crimes neles tipificados, então, por maioria de razão, a Lei de Extradução da R.P.C. deverá, também ela, acolher implicitamente os mesmos princípios, nomeadamente, o princípio *aut dedere aut judicare*.

c) O processo de extradição consagrado na Lei de Extradução da R.P.C. de 2000, como verificamos anteriormente, carece de simplificação. No âmbito de cooperação internacional, esta questão fica, desde logo, dirimida no Tratado de Extradução entre Portugal e a R.P.C. nos seus artigos 7.º, 10.º, 11.º e 17.º⁷³⁹ que estabelecem as regras quanto à apresentação do pedido oficial de extradição, as informações que deverão constar, o tipo de documentos que deverão ser incluídos, as traduções, a informação a prestar à Parte requerente sobre a decisão tomada pela Parte requerida, os prazos e procedimentos de entrega da pessoa a ser extraditada e, por fim, a notificação dos resultados do processo ou execução de sentença da pessoa extraditada.

d) Apesar de a Lei de Extradução da R.P.C. nada dizer sobre a relação que deve existir entre a Lei de Extradução da R.P.C. e os Tratados celebrados entre a R.P.C. e outros países sobre a Extradução, esta lacuna fica suprida, no caso do Tratado Bilateral sobre Extradução celebrado entre Portugal e R.P.C., no texto do Tratado, nos seus art.º 19.º e 20.º⁷⁴⁰ que

⁷³⁸ Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

⁷³⁹ Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradução, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

⁷⁴⁰ *Idem, Ibidem*, art.º 19.º e 20.º.

também esclarece qual a posição assumida relativamente a quaisquer outros tratados celebrados pelas Partes contratantes. Primeiro, “qualquer controvérsia emergente da interpretação ou aplicação deste Tratado será dirimida através de consultas por via diplomática (art.º 20.º).”; segundo, Tratado Bilateral sobre Extradução celebrado entre Portugal e R.P.C., “não afectará qualquer direito ou obrigação assumida pelas Partes ao abrigo de quaisquer outros tratados”.

2.ª Questão – Proposta de Solução

A prática presente na Lei de Extradução de atribuição ao Ministério dos Negócios Estrangeiros e Conselho de Estado das competências em matéria de extradição e não ao Ministério da Justiça mantem-se no Tratado Bilateral de Extradução entre Portugal e a R.P.C., apesar da prática oposta por parte de Portugal e das vozes críticas da doutrina chinesa⁷⁴¹ que defendem a transferência do poder executivo de verificação da extradição da esfera de competências do Ministério dos Negócios Estrangeiros e Conselho de Estado para a esfera do Ministério da Justiça. Esta tendência fica ainda mais clara pela leitura do art.º 6.º, n.º 1 e 2 do Tratado: “1 — Para efeitos deste Tratado, as Partes comunicarão entre si através das suas autoridades respectivamente designadas. 2 — As autoridades referidas no n.º 1 deste artigo serão a Procuradoria -Geral da República em representação da República Portuguesa e o Ministério dos Negócios Estrangeiros em representação da República Popular da China”. Devemos, pois, aguardar pela evolução desta disposição no sentido de uma melhoria do sistema, conforme apontado pelos autores supra⁷⁴².

3.ª Questão – Proposta de Solução

a) Na Lei de Extradução da R.P.C. de 2000, não existem quaisquer acordos ou regras oficiais que regulem a entrega de fugitivos entre a China continental e Hong Kong e Macau. Existe, contudo, o Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga, assinado em 24 de Maio

⁷⁴¹ Zhouhongjun & Shiyubin, Wanshan *Zhonghua Renmin Gongheguo Yindufa* de Ruogan Sikao (Some Proposals to Improve the Extradition Law of China), Law and Commerce Research, Vol. 3, 2002, p.81-88., *apud* HU, Qian, e CHEN, Qiang – Problems Open to Discussion. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P. 653, Nota 28. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

⁷⁴² Zhouhongjun & Shiyubin, Wanshan *Zhonghua Renmin Gongheguo Yindufa* de Ruogan Sikao (Some Proposals to Improve the Extradition Law of China), Law and Commerce Research, Vol. 3, 2002, p.81-88., *apud* HU, Qian, e CHEN, Qiang – Problems Open to Discussion. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P. 653, Nota 28. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

de 2001⁷⁴³ entre a República Portuguesa e o Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong, da República Popular da China. Este acordo refere-se à entrega, segundo as disposições consignadas no Acordo, de *“qualquer pessoa que se encontre na área da jurisdição da Parte requerida e que for reclamada pela Parte requerente para efeitos de procedimento criminal ou para a aplicação ou cumprimento de uma pena por infracção penal descrita no artigo 2.º”*, que elenca uma extensa lista de infracções (Art.º 1.º do Acordo).

Apesar de, em última análise, se tratar de um acordo assinado entre Portugal e a R.A.E. Hong Kong, parece-nos que a solução poderia passar pela aplicação, por recurso à analogia, do Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga não apenas às relações de Cooperação Internacional em matéria Penal entre Portugal e Hong Kong mas também entre Portugal e a R.P.C. e mesmo entre a China Continental e a R.A.E.H.K..

b) Por outro lado, a vigência do princípio “Um País, Dois Sistemas” na China continental, Hong Kong e Macau, leva a questionar se a regra da especialidade será efectivamente capaz de limitar a reentrega de infractores em fuga. Também neste ponto a aplicação analógica do Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga, celebrado entre Portugal e R.A.E.H.K. apresentaria soluções. De facto, o art.º 18.º, n.º 1 e 2, do Acordo refere-se expressamente à Regra da Especialidade e à Reentrega, determinando que:

“Um infractor em fuga que foi entregue não poderá ser perseguido, condenado, detido ou sujeito a qualquer outra restrição da sua liberdade pessoal pela Parte requerente por uma infracção penal cometida antes da sua entrega que não seja:

a) Uma infracção ou infracções penais pelas quais a entrega foi concedida;

b) Uma infracção penal, independentemente da forma como se encontra descrita, baseada substancialmente nos mesmos factos referentes aos quais a sua entrega foi concedida, desde que tal infracção penal seja uma daquelas pela qual ele poderia, ao abrigo do presente Acordo, ser entregue e desde que essa infracção penal seja punível por uma pena menos grave do que a pena imposta pela infracção penal em virtude da qual ele foi entregue;

c) Qualquer outra infracção penal em virtude da qual, ao abrigo do presente Acordo, a entrega pode ser concedida e em relação à qual a Parte requerida dê o seu consentimento; a não ser que essa pessoa tenha tido a possibilidade de deixar o território da Parte requerente e não o tenha feito no prazo de 40 dias ou tenha regressado voluntariamente a esse território depois de o ter deixado.” Relativamente à reentrega, dispõe o n.º 2, do art.º 18.º que *“Um infractor em fuga que já tenha sido entregue não será reentregue a um terceiro território por uma infracção penal cometida antes da sua entrega, excepto se:*

⁷⁴³ Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga, assinado em 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

a) A Parte requerida consentir nessa reentrega; ou

b) A pessoa tenha tido a possibilidade de sair do território da Parte à qual ele foi entregue e não o tenha feito no prazo de 40 dias ou tenha regressado voluntariamente a esse território depois de o ter deixado”.

Parece-nos que uma das formas de contornar esta questão poderia passar pela aplicação, por analogia, às relações R.P.C.-PT e China Continental-R.A.E.H.K. das disposições do Acordo sobre a Entrega de Infractores em Fuga celebrado entre PT-R.A.E.H.K., fazendo-o prevalecer, neste último caso, como se a R.A.E.H.K. se tratasse, de facto, de um outro Estado, apenas nesta questão.

Por norma, a regra da especialidade opera apenas entre Estados independentes e não entre partes diferentes de um mesmo Estado. Ainda assim, a autonomia de Hong Kong e Macau e as diferenças na administração judicial de cada uma das regiões e a China Continental levam-nos a ponderar a aplicação da regra da especialidade por analogia.

Acerca desta questão, destacamos duas posições assumidas pela doutrina.

Ling Bing⁷⁴⁴ defende que as regras da especialidade e proibição de reentrega deviam ser incorporadas num futuro acordo entre a China Continental e Hong Kong na medida em que as Leis de Extradução em vigor na China Continental e na R.A.E.H.K. reconhecem estas regras. Já Huang Feng,⁷⁴⁵ é da opinião que estas regras não se aplicam necessariamente entre a China Continental e a R.A.E.H.K. na entrega de infractores em fuga visto que ambas as partes deveriam ser altamente cooperantes e interactivas, investigando os casos de acordo com a natureza do crime, julgando-os e condenando-os, de seguida, de acordo com a lei da respectiva jurisdição.

⁷⁴⁴ LING BING, *Neidi yu Xianggang xingshi guanxiaquan Chongtu ji yindu wenti yanjiu* (A Study on the Conflict of Criminal Jurisdiction between the Mainland and Hong Kong and the Problem of Extradition), in: Zhao Bingzhi (ed.), Shiji Dajiean: Zhang Ziqiang Anjian jiqi Falu Sikao—Zhongguo Neidi yu Xianggang Xingshi Guanxiaquan Chongtu Wenti (Abduction of the Century: The Case of Cheung Tze-keung and its Legal implications—the Issue of Conflict of Criminal Jurisdiction between Mainland China and Hong Kong), Beijing: China Fangzheng Press, 2000, pp. 348-49, *apud* HU, Qian, e CHEN, Qiang – Problems Open to Discussion. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P. 654, Nota 29. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

⁷⁴⁵ HUANG, Feng, *Guanyu woguo neidi yu xianggang zhijian yijiao taofan he zuode ruogan wenti tantao* (Discussions on several problems relating to the cooperation between Hong Kong and mainland China on the surrender of fugitive offenders), in: Gao Mingxuan and Zhao Bingzhi (eds.), *Zhongguo Quji Xingfa yu Xingshi Sifa Xiezhu Yanjiu* (Research on Regional Criminal Law and Mutual Assistance in Criminal Matters), Beijing: China Fangzheng Press, 2000, p. 111. *apud* HU, Qian, e CHEN, Qiang – Problems Open to Discussion. In *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002. P. 654, Nota 30. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

4.ª Questão – Proposta de Solução

a) Se um cidadão de nacionalidade portuguesa que, em território português, profane a Bandeira Nacional ou o Emblema Nacional da R.P.C. intencionalmente queimando-os, mutilando-os, rabiscando-os, desonrando-os ou espezinhando-os num local público, está a cometer um crime tipificado quer no ordenamento jurídico português quer no chinês.

No Código Penal Português⁷⁴⁶ o crime encontra-se tipificado no art.º 323.º, sob a epígrafe ‘Ultraje de símbolos estrangeiros’, inserido no Título V dos Crimes contra o Estado, Capítulo I Dos crimes contra a segurança do Estado, Secção I Dos crimes contra a soberania nacional, Subsecção II, Dos crimes contra Estado estrangeiros e organizações internacionais, e com a seguinte redacção: *“Quem, publicamente, por palavras, gestos, divulgação de escrito ou outro meio de comunicação com o público injuriar bandeira oficial ou outro símbolo de soberania de Estado estrangeiro ou de organização internacional de que Portugal seja membro é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias”*.

No Código Penal da R.P.C. de 1997⁷⁴⁷, o crime encontra-se tipificado no art.º 299.º, inserido no Capítulo dos Crimes de obstrução da administração da ordem pública, na Secção dos Crime de Perturbação da Ordem Pública, e com a seguinte redacção: *“Quem profanar a Bandeira Nacional ou o Emblema Nacional da R.P.C. intencionalmente queimando-os, mutilando-os, rabiscando-os, desonrando-os ou espezinhando-os num local público é punido com uma pena de prisão não superior a 3 anos, detenção criminal, vigilância pública e privação dos direitos políticos.”*

Se este cidadão estiver em território português, a lei penal e processual penal que lhe será aplicada é a Lei portuguesa, por força essencialmente, do art.º 4.º e 7.º do Código Penal português⁷⁴⁸. Contudo, se este cidadão português, depois de julgado e condenado em território português, se encontrar em território da R.P.C., ele poderá, ainda assim, ver-lhe aplicada a Lei Penal da R.P.C. de 1997 pelo crime que cometeu em território português e que também se encontra previsto no art.º 299.º do C.P. da R.P.C. de 1997. Senão vejamos:

- O art.º 4.º do C.P. da R.P.C. de 1997⁷⁴⁹ afirma que a lei penal deve ser aplicada de forma igual a todos os que cometem um crime. Ninguém terá o privilégio de transcender a lei.
- O art.º 8.º do C.P. da R.P.C. de 1997⁷⁵⁰ estabelece que a Lei Penal deve aplicar-se a qualquer estrangeiro que cometa um crime fora do território, águas territoriais e espaço da R.P.C.

⁷⁴⁶ Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

⁷⁴⁷ Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

⁷⁴⁸ Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

⁷⁴⁹ Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

⁷⁵⁰ *Idem, Ibidem*, art.º 8.º.

contra o Estado da R.P.C. ou contra qualquer um dos seus cidadãos se, para esse crime, a Lei prever um mínimo de pena de prisão não inferior a 3 anos; contudo, esta disposição não se aplica a um crime que não seja punível nos termos das leis do local onde o crime foi cometido.

- O art.º 10.º do C.P. da R.P.C. de 1997⁷⁵¹ prevê que qualquer pessoa que comete um crime fora do território, águas territoriais e espaço da R.P.C. pelo qual, nos termos desta Lei, seja responsável criminalmente, pode ainda ser investigado pela sua responsabilidade criminal nos termos desta Lei, ainda que já tenha sido julgado num país estrangeiro. Contudo, se já lhe foi aplicada uma pena no país estrangeiro, o indivíduo pode ficar isento de pena ou ser-lhe atribuída uma pena atenuada.

Pelo disposto, podemos concluir que, se o cidadão português que cometeu, em território português, o crime de ultraje de símbolos estrangeiros, (no caso, símbolos da R.P.C.) previsto e punido no Código Penal Português no art.º 323.º e pelo qual foi julgado pela Lei Penal Portuguesa, se um dia se encontrar em território, águas territoriais ou espaço da R.P.C., este cidadão português poderá voltar a ser julgado pela prática do mesmo crime que cometeu contra a R.P.C. em território português e pelo qual já foi julgado, pela seguinte ordem de razões:

1.º) O crime cometido pelo cidadão português, em território português, contra a R.P.C. encontra-se tipificado tanto no Código Penal Português (art.º 323.º) como no Código Penal da R.P.C. de 1997 (art.º 299.º). Assim, fica, desde logo, afastada a excepção prevista no art.º 8.º, *in fine* do C.P. da R.P.C. que exclui a aplicação da Lei Penal da R.P.C. quando o crime cometido não é punível nas leis do local onde foi cometido.

2.º) A pena prevista para o crime de profanação de bandeira, tipificada no C.P. da R.P.C. no art.º 299.º, é uma pena de prisão não superior a três anos. Destarte, esta pena obedece à exigência do art.º 8.º do C.P. da R.P.C. que prevê que a Lei Penal da R.P.C. só será aplicável aos crimes cometidos por estrangeiro fora do território, águas territoriais e espaço da R.P.C. contra o Estado da R.P.C. ou contra qualquer um dos seus cidadãos se, para esse crime, a Lei prever um mínimo de pena de prisão não inferior a 3 anos.

Chamamos aqui a atenção para a redacção dos artigos e a forma como se articulam. De facto, nenhum dos artigos refere uma pena de prisão efectiva ‘igual ou inferior a três anos’ nem ‘igual ou superior a três anos’. O art.º 299.º prevê como punição para o crime de profanação

⁷⁵¹ *Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

de símbolos nacionais uma pena de prisão não superior a três anos, o que significa que a pena de prisão poderá ir dos [0 aos 3] anos, inclusive. O art.º 8.º exclui a aplicação da Lei Penal da R.P.C. se a punição prevista para o crime cometido por estrangeiro no estrangeiro contra a R.P.C. ou seu nacional for uma pena de prisão efectiva não inferior a 3 anos, o que significa que a pena de prisão poderá ir dos [3 anos, inclusive, até ao limite máximo de 15] anos (art.º 45, C.P. da R.P.C.). Assim, o crime previsto pelo art.º 299.º encontra-se abrangido pelo âmbito do art.º 8.º permitindo que, no caso *sub judice*, seja aplicada a Lei Penal da R.P.C. ao cidadão português que cometeu o crime de profanação de bandeira contra a R.P.C. em território português, podendo ser condenado numa pena de, precisamente, 3 anos de prisão efectiva (Obedecendo à regra: art.º 299.º - não mais de 3 anos; art.º 8.º - não menos de 3 anos).

3.º) Por força da aplicação ao cidadão português do art.º 10.º do C.P. da R.P.C.⁷⁵², verificamos que este cidadão ficará afastado da esfera de protecção do *ne bis in idem*. De facto, o ‘nosso’ cidadão português do caso *sub judice* já tinha sido julgado por Tribunal português mas não condenado. Na verdade, ainda não lhe tinha sido aplicada uma pena pelo Tribunal Português no momento em que já se encontrava em território da R.P.C.. Por esta razão, e nos termos do art.º 10.º do C.P. da R.P.C., a responsabilidade criminal, pela prática dos mesmos factos cometidos em território português contra a R.P.C., deste cidadão português voltará a ser investigada pelas autoridades da R.P.C., podendo mesmo voltar a ser julgado pela prática dos mesmos factos por um Tribunal da R.P.C., visto que o art.º 10.º ignora o julgamento do país estrangeiro. Todavia, se o Tribunal Português tivesse julgado e condenado o cidadão português a uma pena específica, então, neste caso, se o cidadão português se encontrasse em território da R.P.C., poderia ver essa mesma pena atenuada ou ficar isento de pena, nos termos do art.º 10.º *in fine*.

Levanta-se, agora, a questão de saber se, este cidadão português, já anteriormente julgado por um Tribunal Português pelo mesmo crime que o Tribunal da R.P.C. o pretende agora julgar, poderia ou não ser extraditado para Portugal. Parece-nos que não, pela seguinte ordem de razões:

⁷⁵² *Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

1.º) O art.º 2.º, n.º 1, al. a) e b) do Tratado sobre Extradução entre Portugal e a R.P.C.⁷⁵³ impõe a verificação de dois requisitos cumulativos para que seja concedida a extradição:

Primeiro requisito: *“A extradição será concedida unicamente quando o acto pelo qual a extradição é pedida constituir um crime ao abrigo do direito de ambas as Partes; e,*

Segundo requisito: *“preencher uma das seguintes condições:*

a) *Nos casos em que o pedido de extradição se destine à condução de um processo criminal, o crime seja punível ao abrigo do direito de ambas as Partes com pena de prisão superior a um ano; ou*

b) *Nos casos em que o pedido de extradição se destine à execução de uma sentença decretada, o período da pena ainda por cumprir pela pessoa reclamada seja de pelo menos seis meses no momento em que o pedido de extradição é apresentado”.*

Como anteriormente vimos, o primeiro requisito fica preenchido visto que o crime encontra-se tipificado na Lei Penal de ambas as partes, no artigo 323.º, do Código Penal Português sob a epígrafe ‘Ultraje de símbolos estrangeiros’ e no art.º 299.º do Código Penal da R.P.C., sem epígrafe mas inserido no Capítulo dos Crimes de obstrução da administração da ordem pública, na Secção dos Crimes de Perturbação da Ordem Pública.

Já o segundo requisito cumulativo para a concessão de extradição não fica preenchido, na medida em que o crime tem de ser punível ao abrigo do direito de ambas as Partes com pena de prisão superior a um ano e, neste caso, o crime é punível com pena de prisão superior a um ano apenas na Lei Penal da R.P.C.⁷⁵⁴ (o art.º 299.º prevê uma pena de prisão não superior a 3 anos), sendo que na Lei Penal Portuguesa⁷⁵⁵ a pena é de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias (art.º 323.º). Assim, não há lugar a concessão de extradição.

Chamamos, no entanto, à atenção para o que nos parece ser uma epígrafe enganadora.

O art.º 2.º, n.º 1 do Tratado tem como epígrafe ‘Crimes que dão lugar à extradição’.

Uma primeira leitura, pode, de facto, induzir-nos em erro levando-nos a concluir que se trata de uma mera enunciação dos crimes passíveis de extradição, remetendo para um ‘limbo cinzento’ todos os outros crimes que não preenchem os dois requisitos cumulativos do art.º 2.º, n.º 1 do Tratado. Parece, pois, que os crimes excluídos do art.º 2.º, n.º 1 não teriam ‘dignidade’ suficiente para se inserirem na esfera de recusa da extradição, ou seja, a exclusão de determinados crimes do âmbito do artigo 2.º, n.º 1 nem tão-pouco constituiria uma recusa

⁷⁵³ *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradução*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

⁷⁵⁴ *Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997*. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

⁷⁵⁵ *Lei n.º 48/2007*, de 29 de Agosto.

implícita de extradição operando antes como se estes crimes ficassem a pairar num vazio legal, ostracizados no que à extradição diz respeito.

Não nos parece que assim seja na medida em que, para os crimes excluídos do âmbito do art.º 2.º, n.º 1, a extradição não é concedida o que na prática traduzir-se-á, em bom rigor, numa verdadeira recusa de extradição.

2.º) Por outro lado, a possibilidade de extradição do cidadão português fica afastada pelo disposto no art.º 3.º, n.º 1, al. h) no Tratado sobre Extradição entre Portugal e a R.P.C.⁷⁵⁶ que prevê os casos que constituem Fundamento Imperativo de Recusa de Extradição. Diz o artigo: “1 — A extradição será recusada se: h) A execução do pedido colocasse em causa a soberania, a segurança, a ordem pública ou outros interesses públicos essenciais da Parte requerida ou se fosse contrária aos princípios fundamentais do seu direito interno”.

Na Lei Penal da R.P.C., o crime de profanação de símbolos nacionais, apesar de não ter epígrafe, encontra-se inserido no Capítulo dos Crimes de obstrução da administração da ordem pública, na Secção dos Crimes de Perturbação da Ordem Pública. Assim, podemos concluir, com algum grau de certeza, que, no ordenamento jurídico-penal da R.P.C., o crime de profanação de símbolos nacionais põe em causa a ordem pública da R.P.C. podendo a eventual execução da extradição do indivíduo que cometeu este crime por igualmente em causa a ordem pública da R.P.C.. Em suma, a profanação de símbolos nacionais parece constituir um fundamento imperativo para a recusa da extradição nos termos do art.º 3.º, n.º 1, al. h) do Tratado, pelo que o cidadão português não seria extraditado para Portugal.

3.º) Apesar de o caso *sub judice* não ser passível de concessão de extradição e de constituir fundamento imperativo para recusa de extradição ao abrigo do art.º 3.º, n.º 1, al. h) no Tratado sobre Extradição entre Portugal e a R.P.C, as autoridades da R.P.C. poderiam ainda proceder à recusa com fundamento no art.º 4.º al. a) do Tratado, ou seja, a R.P.C. (parte requerida) poderá recusar a extradição se “*tiver competência criminal para julgar o crime pelo qual a extradição é pedida ao abrigo do seu direito interno e estiver a conduzir ou a ponderar instaurar um processo contra a pessoa reclamada por aquele crime*”⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradição*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

⁷⁵⁷ *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradição*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação

b) Na hipótese b) da 4.^a questão, encontramos um cidadão de nacionalidade chinesa que, em território português, terá organizado um plano que visaria a subversão do poder do Estado e o derrube do sistema socialista da R.P.C.. Este cidadão, encontrando-se agora em território da R.P.C., e nunca tendo sido anteriormente julgado nem condenado por um Tribunal Português, poderá ver a sua responsabilidade criminal investigada pela prática deste crime pelas autoridades da R.P.C.. Poderá este cidadão chinês ser extraditado para Portugal? Parece-nos que não.

1.º) Na verdade, para que seja concedida a extradição entre Portugal e a R.P.C. é necessário, como acabamos de verificar no caso anterior, que fiquem preenchidos os dois requisitos cumulativos do art.º 2.º, n.º 1, al. a) e b) do Tratado sobre Extradição entre Portugal e a R.P.C.⁷⁵⁸, ou seja, o facto tem de constituir crime ao abrigo do direito de ambas as partes e preencher uma das condições previstas nas alíneas a) e b), do art.º 2.º, n.º 1.

Constatamos, desde logo, que o facto não se encontra tipificado como crime no Código Penal Português apenas constituindo crime ao abrigo da Lei Penal da R.P.C. de 1997⁷⁵⁹, previsto no art.º 105.º, ficando, por isso, afastada a possibilidade de extradição para Portugal do cidadão chinês que cometeu estes factos em território português. Além disso, este cidadão chinês não tem responsabilidade criminal ao abrigo da Lei Penal portuguesa por não se encontrar previsto este tipo de crime na Lei portuguesa.

Contudo, se este cidadão chinês se encontrar em território chinês poderá ser-lhe aplicado o disposto no art.º 105.º e 106.º, por força do art.º 7.º do C.P. da R.P.C. de 1997 que prevê a aplicação da Lei Penal da R.P.C. a qualquer cidadão da R.P.C. que cometa um crime tipificado nesta Lei Penal fora do território, águas territoriais e espaço da R.P.C.. Excepção feita aos crimes punidos com pena de prisão efectiva inferior a 3 anos que podem ficar isentos de investigação da responsabilidade criminal.

Interessa, ainda assim, referir a tipificação do crime cometido pelo ‘nosso’ cidadão chinês que, em território português, cometeu um crime contra a R.P.C. tipificado no art.º 105 do C.P. da R.P.C. da seguinte forma:

Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

⁷⁵⁸ *Idem*, *Ibidem*, art.º 2.º.

⁷⁵⁹ *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradição*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

“1 § Entre aqueles que organizam, conspiram ou implementam um plano de subversão do poder do Estado ou o derrube do Sistema Socialista, os líderes destes grupos e os outros que cometam crimes mais graves serão punidos com pena de prisão perpétua ou pena de prisão efectiva não inferior a 10 anos; os que têm parte activa nestes actos são punidos com pena de prisão efectiva superior a 3 anos e inferior a 10 anos; os outros participantes, serão punidos com pena de prisão efectiva não superior a 3 anos, detenção criminal, vigilância pública e privação dos direitos políticos.

2 § Quem incitar outros espalhando rumores ou calúnias ou outros meios para subverter o poder de Estado ou subverter o sistema socialista deve ser punido com pena de prisão efectiva não superior a 5 anos, detenção criminal, vigilância pública ou privação dos direitos políticos; os líderes ou outros que cometam crimes mais graves devem ser punidos com uma pena de prisão efectiva não inferior a 5 anos”.

Nos termos do art.º 106.º, constitui uma agravante cometer o crime previsto no art.º 105.º em conluio com qualquer organismo, organização ou individuo fora do território da China, devendo o infractor ser punido com uma pena mais grave, nos termos das disposições previstas no art.º 105.º.

Por outro lado, se este cidadão chinês estiver em território da R.P.C. depois de ter cometido, em território português, o crime previsto no art.º 105.º da Lei Penal da R.P.C., ver-lhe-á negada a protecção do *ne bis in idem* que, no caso *sub judice*, é irrelevante visto que não existia qualquer julgamento nem condenação anteriores por tribunal estrangeiro na medida em que a prática dos factos descritos no art.º 105.º do C.P. da R.P.C. não constituem crime ao abrigo da Lei Penal Portuguesa.

2.ª) A extradição do cidadão chinês será ainda recusada com base em dois dos fundamentos imperativos para recusa de extradição previstos no art.º 3.º do Tratado sobre Extradição entre Portugal e a R.P.C.⁷⁶⁰, nomeadamente, o art.º 3.º, n.º 1, al. a) e h).

O art.º 3.º, n.º 1, al. a) prevê a recusa da extradição quando, entre outros, a Parte requerida considerar o crime pelo qual a extradição é pedida um crime político.

De facto, o crime descrito no C.P. da R.P.C. de 1997 no art.º 105.º constitui o último reduto dos chamados crimes políticos ou crimes contra-revolucionários do C.P. da R.P.C. de 1979. A revisão de 1997 do C.P. na R.P.C. teve o mérito de eliminar os crimes contra-revolucionários, que nada tinham a ver com a segurança do Estado, constituindo crimes políticos e que assim criavam entraves à R.P.C. em matéria de cooperação judiciária. Assim, dos crimes previstos no Capítulo dos crimes contra a segurança do Estado (art.º 102.º - art.º 113.º do C.P. da R.P.C.

⁷⁶⁰ *Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradição*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

de 1997) apenas o crime do art.º 105.º constitui uma excepção na medida em que o que efectivamente protege é o poder instituído e o sistema socialista⁷⁶¹.

O art.º 3.º, n.º 1, al. h) prevê a recusa da extradição nos casos em que a execução do pedido coloca em causa a soberania, a segurança, a ordem pública ou outros interesses públicos essenciais da Parte requerida, neste caso a R.P.C., ou se for contrária aos princípios fundamentais do seu direito interno.

Com efeito, a tentativa de subversão do poder do Estado ou o derrube do Sistema Socialista além de colocar em causa a soberania do Estado da R.P.C. é ainda contrária aos princípios fundamentais do seu direito interno. Na verdade, pela análise da sistemática do C.P. da R.P.C. de 1997 verificamos que o valor dos bens jurídicos ‘Poder do Estado’ e ‘Sistema Socialista’ são valores fundamentais no direito interno da R.P.C. visto que as ofensas a estes bens jurídicos encontram-se tipificadas logo nos primeiros artigos do Capítulo I da Parte II do Código Penal relativa aos Crimes contra a Segurança Nacional.

Em suma, fica definitivamente afastada a possibilidade de extradição do cidadão chinês que, em território português, cometeu contra a R.P.C. o crime previsto no art.º 105.º do C.P. da R.P.C. de 1997 pelo qual será responsabilizado criminalmente, julgado e condenado, nos termos da Lei Penal da R.P.C. se algum dia se encontrar em território, águas territoriais ou espaço da R.P.C.

⁷⁶¹ PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – Principais aspectos da revisão penal de 1997. A parte especial. In *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN-13: 978-972-40-3115-6. P. 475 - 478.

4.4. – Efeitos e consequências dos diferentes entendimentos do princípio *ne bis in idem* nas relações de cooperação Portugal – China

Pelas questões que acabamos de analisar, principalmente no que se refere à aplicação do art.º 10.º do Código Penal da R.P.C. de 1997, verificamos que o princípio *ne bis in idem* tem um diferente entendimento e aplicação prática nos ordenamentos jurídicos em análise. Vejamos, pois, as consequências e efeitos deste diferente entendimento.

O diferente entendimento do *ne bis in idem* nas relações de cooperação judicial em matéria penal entre Portugal e a R.P.C. tem como principal consequência o esforço que ambas as partes têm desenvolvido no sentido de amenizar as diferenças. De facto, o impulso reformista que a R.P.C. implementou nos seus Códigos Penal (1997) e Processual Penal (1996) desde 1996 a par com a abertura ao exterior, com maior expressão na década de 90 do séc. XX, resultou na celebração de inúmeros Tratados e Acordos Bilaterais entre Portugal e a R.P.C. não só em matéria penal mas também ao nível da cooperação económica e cultural⁷⁶². Estes instrumentos bilaterais em matéria penal tornaram possível uma cooperação internacional em matéria penal entre Portugal e a R.P.C., com destaque para o auxílio judiciário mútuo, a extradição, a transferência de pessoas condenadas e a entrega de infractores em fuga, independentemente das diferenças dos seus sistemas, normas e princípios jurídico-legais. O diferente entendimento do *ne bis in idem* é ultrapassado com recurso a estes instrumentos bilaterais que, na sua redacção, possibilitam simultaneamente a cooperação e salvaguarda das diferenças essenciais. Prova disto são as intenções de Portugal e da R.P.C. expressas no preâmbulo do Acordo entre Portugal e a China sobre a extradição e sobre o Auxílio Judiciário em matéria penal onde demonstram que desejam “promover a efectiva cooperação entre os dois países na supressão do crime, com base no respeito mútuo pela soberania e igualdade e benefício mútuo”⁷⁶³. É pois pela articulação do disposto nos Tratados

⁷⁶² A título de exemplo: o *Acordo de Cooperação no Domínio do Desporto entre a República Portuguesa e a República Popular da China*, a 22.07.1991. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 22.07.1991. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/ib.asp?id=693>; o *Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Cooperação Económica*, de 01.12.2005. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/ib.asp?id=1901>; e o *Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República Popular da China no domínio do Turismo*, a 13/03/2012. [Em linha]. Lisboa: Diário da República, 13.03.2012. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://dre.pt/pdf1sdip/2012/03/05200/0110801111.pdf>.

⁷⁶³ Preâmbulo do *Tratado de Extradição entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradição*, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

com o ordenamento jurídico interno de Portugal e da R.P.C., na parte em que os Tratados para eles remetem⁷⁶⁴, que alcançamos o equilíbrio entre as Partes tornando possível a cooperação judiciária e judicial em matéria penal.

O diferente entendimento do *ne bis in idem* nas relações de cooperação judicial em matéria penal entre Portugal e a R.P.C. tem como principal efeito, por força dos instrumentos bilaterais celebrados entre Portugal e a R.P.C., a aproximação dos dois sistemas abrindo caminho, no ordenamento jurídico da R.P.C., a um entendimento do *ne bis in idem* conforme disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o que representará uma melhoria geral do sistema jurídico da R.P.C. em termos de direitos humanos e traduzir-se-á numa maior harmonização das relações de cooperação internacional nos mais diversos sectores⁷⁶⁵. Todavia, a aproximação dos dois ordenamentos neste sentido, não implicaria a descaracterização⁷⁶⁶ do sistema jurídico chinês. Apenas a sua modernização, para o que contribui o próprio pluralismo jurídico chinês. Na verdade, o esforço de harmonização entre o Direito positivo do Estado e o Direito consuetudinário chinês⁷⁶⁷ poderá servir de ponto de partida para uma harmonização global entre o Direito positivo chinês e a ordem jurídica internacional.

⁷⁶⁴ Exemplo disto é o art.º 3.º, n.º1, al. h), do Tratado Bilateral de Extradução entre Portugal e a R.P.C., 31/01/2007.

⁷⁶⁵ HU, Jin Tao, OBAMA, Barack - *Press Conference with President Obama and President Hu of the People's Republic of China – East Room*. [Em linha]. U.S.A.: The White House, Office of the Press Secretary, 19 de Janeiro de 2011. [Consult. em 25.03.2011]. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/01/19/press-conference-president-obama-and-president-hu-peoples-republic-china> e vídeo em <http://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2011/01/19/president-obama-and-president-hu-press-conference>.

⁷⁶⁶ CHEN, J. – Utilitarianism towards Foreign Law and Chinese Characteristics of the Law. In *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867. P.358-360.

⁷⁶⁷ DAN, Wei - O Pluralismo Jurídico na China. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008. ISSN 0303-9773. Vol. LXXXIV. p. 303-340.

CAPÍTULO V

Considerações Finais

O princípio *ne bis in idem*, durante muito tempo, foi olhado como uma mera regra interna da justiça criminal de cada país. Assim, se uma pessoa tivesse sido condenada no país A por ter cometido um crime no seu território, esta pessoa poderia ser novamente julgada no regresso ao seu país natal B pela prática do mesmo crime. Concordamos com Albin Eser⁷⁶⁸ que afirma que nas últimas décadas, contudo, e em resultado do crescente número de implicações transnacionais resultantes da criminalidade e do esforço para reduzir os custos dos múltiplos julgamentos, tem vindo a surgir uma clara tendência no sentido do reconhecimento do princípio *ne bis in idem* a nível internacional. Inúmeros instrumentos legais internacionais, como tratados elaborados a nível europeu, reconhecem a proibição de um segundo julgamento ou, pelo menos, a proibição da aplicação de uma segunda punição. O princípio segundo o qual se deve ter em conta a aplicação de uma pena anterior no momento de aplicação de uma nova pena, também já se encontra largamente difundido nos sistemas jurídico-penais. Todavia, Eser⁷⁶⁹ ressalva afirmando que as soluções encontradas estão longe de ser satisfatórias no plano da proibição transnacional de múltiplos julgamentos pela prática do mesmo facto.

Este é, pois, o panorama que encontramos no ordenamento jurídico-penal da R.P.C. relativamente ao *ne bis in idem* transnacional. Inegavelmente, o princípio *ne bis in idem* não é perfeito nem na teoria nem na legislação da R.P.C.. Especialmente o art.º 10.º do Código Penal da R.P.C. de 1997 levanta a questão de a existência do *ne bis in idem* na Lei penal substantiva da China ser um tanto duvidosa. Com base nesta aceção, alguns académicos sugeriram a abolição desta disposição legal⁷⁷⁰. Parece-nos que é uma sugestão a afastar pela seguinte ordem de razões:

1.º) Do ponto de vista da soberania do Estado, a abolição imediata do artigo 10.º do C.P. da R.P.C. não é, de todo, apropriada tendo em conta a protecção dos direitos humanos, a

⁷⁶⁸ ESER, Albin, *apud* LIGETI, Katalin - Protocol of the proceedings on concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle of *ne bis in idem*; section IV. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.75 (3-4trimestres2004). P.751-760. Número monográfico contendo as *Actas* do XVII Congrès International de Droit Penal, realizado em Beijiing, 12-19 septembre 2004.

⁷⁶⁹ ESER, Albin, *apud* LIGETI, Katalin, *Op.cit.*, p. 751-760.

⁷⁷⁰ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - China's theory and practice on *ne bis in idem*. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

manutenção da soberania do Estado e a necessidade de revisão do art.º 10.º do C.P. afastando a doutrina do reconhecimento negativo e adoptando o reconhecimento positivo do *ne bis in idem*. Relembramos que a doutrina do reconhecimento positivo do *ne bis in idem* defende a aceitação, pelos tribunais da R.P.C., dos julgamentos e sentenças dos tribunais estrangeiros excepto quando estes julgamentos ou sentenças forem aparentemente parciais por algum motivo ilegal⁷⁷¹.

2.º) O actual sistema processual do duplo julgamento acarreta algumas desvantagens. De facto, este sistema centra-se na protecção dos direitos das partes litigantes ignorando a estabilidade da efectividade dos julgamentos legais e a eficiência na litigância.

Estas duas razões colidem com o princípio *ne bis in idem* na R.P.C. sendo, por isso, necessário modificar o sistema processual do duplo julgamento restringindo, desde já, os casos passíveis de duplo julgamento, definindo os motivos para julgar novamente, indicar expressamente um prazo limite para o novo julgamento bem como o número de casos que pode ser novamente julgado⁷⁷².

Em suma, o princípio *ne bis in idem*, de um modo geral, goza de um certo nível de reconhecimento pela teoria jurisprudencial da R.P.C. e por algumas disposições legais. Contudo, fica claro que o *ne bis in idem* necessita de ser aperfeiçoado na R.P.C.. Em particular, o sistema de duplo julgamento previsto no Código de Processo Penal de 1996 entra largamente em conflito com o *ne bis in idem*. O procedimento de duplo julgamento deveria ser revisto na medida em que não só não confere a devida atenção à certeza dos julgamentos legalmente efectivos mas também constitui um obstáculo ao cumprimento da eficiência legal e justiça processual. Por outro lado, se o art.º 10.º do Código Penal de 1997 pudesse ser revisto, abandonando a doutrina do reconhecimento negativo e acolhendo a doutrina do reconhecimento positivo, e o princípio *ne bis in idem* fosse expressamente previsto na lei processual penal, o sistema judicial da R.P.C. poderia tornar-se progressivamente mais razoável e harmonioso⁷⁷³.

⁷⁷¹ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - China's theory and practice on *ne bis in idem*. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

⁷⁷² ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui, *Op.cit.*, p.865-872.

⁷⁷³ ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - China's theory and practice on *ne bis in idem*. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe *ne bis in idem*", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

CONCLUSÃO

Após este estudo comparado do princípio *ne bis in idem*, arriscamos afirmar que um duplo julgamento ou uma dupla condenação do agente pela prática do mesmo facto constitui, em última análise, uma forma de tortura dos tempos modernos. De facto, sujeitar um indivíduo à constituição de um novo processo jurisdicional e à aplicação de uma nova pena por um facto sobre o qual existia já sentença transitada em julgado, acabará por consigná-lo à mitológica condição de Prometeu Agrilhado. Condição esta que será tanto mais penosa, quando configurado o caso extremo da condenação de um inocente, por via de um eventual erro jurisdicional.

Recorrendo a Cesare Beccaria, nada disto é, porém, novidade: *“Uma estranha consequência que necessariamente decorre do uso da tortura é que o inocente se acha numa posição pior que a do culpado. Com efeito, se ambos são submetidos ao suplício, o primeiro tem tudo contra si, uma vez que ou confessa o delito e é condenado, ou é declarado inocente, mas sofreu uma pena não merecida; ao passo que, um caso é favorável ao culpado quando, resistindo à tortura com firmeza, deverá ser absolvido como inocente, trocando uma pena maior por uma menor”*.⁷⁷⁴

⁷⁷⁴ BECCARIA, Cesare - XLVI. Das Graças. In *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidici e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 85-336-0777-6. P.137.

BIBLIOGRAFIA GERAL

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008. ISBN 978-972-54-0220-7.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.^a Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de [et. al.] - *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2004: Actas. Lisboa, Coimbra, Almedina, 2004. ISBN 972-40-2217-X.

ALVES, Ana Cristina – *O Pensamento Religioso Chinês*. Lisboa: [s.n.], Junho 2010. Curso ministrado no Centro Cultural e Científico de Macau. Coord. Ana Cristina Alves.

ANDRADE, Costa e DIAS, Figueiredo – *Direito Penal: Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime. Apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal (3.º ano) segundo as lições dos Profs. Doutores Jorge de Figueiredo Dias (1.ª turma) e Manuel da Costa Andrade (2.ª turma)*. [s.l.]. Coimbra: 1996. Fls. Policopiadas.

ANDRADE, Manuel de - *Noções Elementares de Processo Civil*. Colab. Antunes Varela. Ed. Rev. e actualizada por Herculano Esteves. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

B.B.C. World - News Headlines and World Business Report. [Em Linha]. London, 13.09.2011. [Consult. 13.09.2011]. Disponível em <http://www.bbcworldnews.com/Pages/default.aspx>.

BARNETT, Peter R. - *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgements: The preclusive effects of foreign judgements in private international law*. [Em linha] Oxford: Ed. Oxford Monographs in private international law, Oxford University Press, 2001. ISBN 0199243395, 9780199243396. [Consult. 21.03.2009]. Disponível (temporariamente) em <http://books.google.pt>.

BECCARIA, Cesare - *Dos delitos e das penas*. Trad. de Lucia Guidici e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 85-336-0777-6.

BELEZA, Tereza Pizarro – As Implicações do Princípio da Legalidade na Aplicação da Lei Penal no Tempo. In *Direito Penal 1.º Volume*. 2.ª Ed. Lisboa: A.A.F.D.U.L.,1984.

BOUZON, Emanuel - *O Código de Hammurabi: Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. Petrópolis (Brasil): Editora Vozes, 2000. ISBN 85.326.0778-0.

BROWN, Archie – *Ascensão e Queda do Comunismo*. Lisboa: Dom Quixote, 2010. ISBN 978-972-20-4363-2.

CAETANO, Marcello – *História do Direito Português*. 4.ª Ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000. ISBN 972-22-2025-X.

CAMPOS, João Luiz Mota de, e CAMPOS, João Mota de – *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional, A Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia*. 5.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1484-0.

CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1806-7.

CANOTILHO, J.J. Gomes, E MOREIRA, Vital – *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 1.º a 107.º*. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Vol. I. ISBN 978-972-32-1462-8.

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital – *Anotações ao Artigo 282.º*. In *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada Artigos 108.º a 296.º*. 4.ª Ed. Rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Vol. II. ISBN 978-972-32-1839-8.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Coord. – *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*. 1.ª Ed. Oeiras: Celta Editora, 2000. ISBN 972-774-069-3.

CARNEIRO, Roberto, Coord. – *Registos Estatísticos (SEF)*. In *Contributos dos Imigrantes na Democracia Portuguesa, O papel das populações de nacionalidade estrangeira*. 1.ª Ed. Lisboa: Alto-Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME), Fev. 2004. ISBN 972-98959-5-3.

CARVALHO, Américo A. Taipa de – *Sucessão de leis penais: Princípio da aplicação da lei penal favorável; Crimes, contravenções e contra-ordenações; Alteração do tipo legal de crime; Inconstitucionalidade da ressalva do caso julgado (CP, art. 2.º, n.º4); Normas*

processuais penais materiais; Presunção de inocência do arguido e prisão preventiva. 2.^a Ed. Ver. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0799-0.

CARVALHO, Américo Taipa de – A Eficácia Espacial da Lei Penal. In *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais*. Porto: Universidade Católica, 2006. ISBN 972-8069-54-5.

CHAU, Pak-kwan, LAM, Stephen – Legal Basis of China's Extradition System: International Legal Norms. In *Research Study on the Agreement between Hong Kong and the Mainland concerning Surrender of Fugitive Offenders*. [Em linha]. Hong Kong: Research and Library Services Division and Legal Service Division, Legislative Council Secretariat, Março 2001. 146 f. Trabalho de Investigação. Nota 3, P.3. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.legco.gov.hk/yr00-01/english/library/erp05.pdf>.

CHEN, J. – *Chinese Law: Towards an understanding of Chinese Law, Its Nature and development*. London: Kluwer Law International, 1999. ISBN 90411 11867.

CHENG, Anne – Livro IV sobre o ren. In *Conversações de Confúcio*. Trad. De M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 2011. ISBN 978-972-33-2659-8.

CHRISTIN, A. M. - Écritures, systèmes idéographiques et pratiques expressives, *Colloque International de L'Université Paris VII, Le Sycolmore*, 1982 - Actes.

CONCEIÇÃO, Tatiana B. Vaz da - *Lei da Nacionalidade da República Popular da China*. Lisboa: [s.n.], Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. 12 f. Trabalho de síntese, 2.º ano da Licenciatura em Direito. Disciplina Direito Comparado.

CORREIA, Eduardo – *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-0123-7.

CORREIA, Eduardo - I. unidade e pluralidade de infracções – II. Caso julgado e poderes de cognição do juiz. In *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*. 2.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996. ISBN 978-972-400-423-5

COSTA, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis) Introdução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1527-4.

COSTA, Mário Júlio de Almeida – Fontes do direito português desde os meados do século XIII até às Ordenações Afonsinas. In *História do Direito Português*. 1.^a Ed. Coimbra: Almedina Coimbra, 1989. Depósito Legal n.º 32851/89.

DAN, Wei - O Pluralismo Jurídico na China. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008. Vol. LXXXIV. ISSN0303-9773.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal Parte Geral Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra editora, 2004. ISBN 972-32-1288-9.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Processual Penal I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DONÁRIO, Arlindo Alegre – *Análise económica da regulação social. Causas, consequências e políticas dos acidentes de viação*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2007. ISBN 978-972-8094-90-4.

DONÁRIO, Arlindo Alegre – *Lições economia política, 1.º Ano Curso Direito*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2003/2004.

DURAND, J. M. - Difusion et pratiques des écritures cuneiforms au Proche-Orient ancien: L'espace et la letter. In *Cahiers Jussieu N.º 3*. U.G.E.,1977. Collection “10.18” n.º 1180.

EDP – Titulares de Participações Qualificadas e Direitos de Voto,15 de Março de 2012. *Estrutura Accionista*. [Em linha]. (2012). [Consultado 29.03.2012]. Disponível em <http://www.edp.pt/pt/investidores/accaoedp/estruturaaccionista/Pages/ShareholderStructure.aspx>

Esclarecimento SEF. [Em linha]. Lisboa: SEF, 2011. [Consult. 22.03.2011]. Disponível em <http://www.nacionalidade.sef.pt/duvidas.html>.

FERREIRA, Cavaleiro de - *Direito Penal Português*. Edição/reimpressão. Lisboa: Verbo, 1981. ISBN 9789722201360.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Lições de Direito Penal, Parte Geral I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*. 4.ª Ed. Lisboa / São Paulo: Verbo, 1992.ISBN 972-22-0138-7.

FONG, Chio In e XUN, Leng Tie - Reflexão e Perspectivas sobre os Trabalhos da Área Jurídica. In *Administração – Revista de Administração Pública de Macau*. Macau: Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública. ISSN 0872-9174. Número 50 (4.º de 2000), Volume XIII (Dezembro de 2000), P.1219-1235.

FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão, PINTO – *Código de Processo Civil Anotado, Volume 2.º, artigos 381.º a 675.º*. 2.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1616-5.

GIDDENS, Anthony – Social Change Today: Globalization. In *Sociology*. Third Edition. Oxford: Polity Press and Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-7456-1803-0.

GILISSEN, John – *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: *Introduction historique au droit. Esquisse d' une histoire du droit. Les sources du droit. Les sources du droit depuis le XIII.e siècle. Éléments d'histoire du droit privé*. ISBN 972-31-0193-9.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 17.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2565-9.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – Direito Internacional Penal Processual. In *Direito Internacional Penal: Uma Perspectiva Dogmático – Crítica*. 1.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3593-2.

GOUVEIA, Jorge Bacelar – *Direito Internacional Público – Textos Fundamentais*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1347-8.

HART, Herbert L.A. - IV.O Soberano e o súbdito 3. Limitações Jurídicas ao Poder Legislativo. In *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. ISBN 972-31-0692-2.

HASSEMER, Winfried – Processo Penal e Direitos Fundamentais. In *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, 1, Lisboa, 2004 – Actas. Org. de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, Colab. Goethe Institut, Coord. Científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, Junho 2004. ISBN 972-40-2217-X.

HAW, Stephen G. – *História da China*. Lisboa: Tinta da China, 2008. ISBN 978-972-8955-80-9.

HU, Jin Tao, OBAMA, Barack - *Press Conference with President Obama and President Hu of the People's Republic of China – East Room*. [Em linha]. U.S.A.: The White House, Office

of the Press Secretary, 19 de Janeiro de 2011. [Consult. em 25.03.2011]. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/01/19/press-conference-president-obama-and-president-hu-peoples-republic-china> e vídeo em <http://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2011/01/19/president-obama-and-president-hu-press-conference>.

HU, Qian, CHEN, Qiang, *China's Extradition Law of 2000*. [Em linha]. Beijing: Chinese Journal of International Law, Oxford Journals, 2002, p.651. [Consult. em 20.09.2011].Disponível <http://chinesejil.oxfordjournals.org/content/1/2/647.full.pdf>.

ISAÍAS, Profeta – Primeira parte do livro de Isaías. In *A Bíblia de Jerusalém*. Coord. De Honório Dalbosco e José Bortolini. São Paulo (Brasil): Sociedade Bíblica Católica Internacional e Paulus, 1995. Capítulo 32, Versículo 17. ISBN 85-349-0468-5.

KAWAIDE, Toshihiro - Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ne bis in idem in Japan. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). p. 1031-1035. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

KRAMER, Samuel Noah - *A História Começa na Suméria*. Trad. de Fernando Piteira Santos. Mem-Martins: Publicações Europa-América Fórum da História, 1997. ISBN 972-1-04312-5

LABAT, R. - *Manuel d'epigraphie akkadienne*. 5.ª Ed., Geuthner, 1976.

LIGETI, Katalin - Protocol of the proceedings on concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle of ne bis in idem: section IV. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.75 (3-4trimetres2004). P.751-760. Número monográfico contendo as *Actas* do XVII Congrès International de Droit Penal, realizado em Beijiing, 12-19 septembre 2004.

LIMA, Pires de, e VARELA, Antunes – Anotações art.º 14.º. In *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*. 4.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Obra Numerada n.º 25926.

LOPES, J. J. Almeida – *Tratados Europeus Explicados*. 2.ª Ed. Lisboa: Vislis, 2002. ISBN 972-52-0143-4.

LOURENÇO, Ana Paula, e SILVA, Fernando - *Lições de Direito Penal, Ano Lectivo 2006/2007*. Lisboa: [s.n.], 2006/2007. Lições de Direito Penal leccionadas na Universidade Autónoma de Lisboa.

MACHADO, João Baptista – *Aplicação da Lei no Tempo*. In *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. Capítulo VIII, Secção I. ISBN 972-40-0471-6

MACHADO, Jónatas - *Lições de Ciência Política e Direito Constitucional*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2004/2005.

MACHADO, Jónatas E. M. – *Direito Internacional – Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. 2.^a Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN972-32-1276-5.

MACHADO, Miguel Pedrosa - *Formas do Crime: textos diversos*. 1.^a Ed. Cascais: Principia, 1998. ISBN 972-97457-8-1.

MENDES, João de Castro – *Direito Comparado Revisto e Actualizado*. Lisboa: AAFDL, 1982-1983. ISBN 0000104507.

MENDES, João de Castro – *Introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas – José Francisco da Costa, 1997. Depósito Legal n.º 81893/94.

MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Internacional Público*. 2.^a Ed. Rev. Cascais: Principia, 2002. ISBN 972-8818-18-1.

MONTE, Mário Ferreira – II) Repertório de Jurisprudência. In *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-413-3.

OLIVEIRA, Manuel Alves *et al.* – Declarações de Direitos. In *Moderna Enciclopédia Universal – Lexicoteca*, Tomo VI. Ed.º n.º 1622. Lisboa: Círculo de Leitores, 1985. Depósito Legal n.º 4281/84.

Parpública – Participações do Grupo Parpública, 31.12.2011. *Participações do Grupo*. [Em Linha]. (2012). [Consultado a 29.03.2012]. Disponível em http://www.parpublicasgps.com/files/participacoes_grupo_31_12_2011.pdf

PEREIRA, Júlio Alberto Carneiro – *Lei Penal da República Popular da China – Uma abordagem histórico-política*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN- 13: 978-972-40-3115-6.

PINTO, Ana Lúcia [et al.] – A República Popular da China. In *Temas de História 12 – 2.º Vol.*. Porto: Porto Editora, 1999. ISBN 972-0-41215-1.

PINTO, Ana Lúcia [et al.] – As aspirações de liberdade nos Estados autoritários e a queda dos Impérios. A Expansão do Socialismo Revolucionário. In *Temas de História 12 – 1.º Vol.*. Porto: Porto Editora, 1999. ISBN 972-0-41214-3.

PIRES, Cândida da Silva Antunes - O «Terceiro Poder» na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau. In *Administração – Revista de Administração Pública de Macau*. Macau: Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública. ISSN 0872-9174. Número 54 (4.º de 2001), Volume XIV (Dezembro 2001).

PIZARRO, José Augusto de Sotto Mayor – Legislação. In *D. Dinis – Reis de Portugal*. 1.ª Ed. Lisboa: Círculo de Leitores, 2005. ISBN 972-42-3483-5.

PRATA, Ana – *Dicionário Jurídico. Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária*. 4.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-402-488-1.

PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel – *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*. 2.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-3765-3.

PRIETO, Santos Pastor – *Sistema jurídico y economia. Una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1989. ISBN 84-309-1790-X.

REN – Informação accionista actual. *Estrutura Accionista*. [Em Linha]. (2012). [Consultado a 29.03.2012]. Disponível em <http://www.ren.pt/vPT/Investidor/InformacaoaoAccionista/EstruturaAccionista/Pages/InvestidorGrupoRENEstrutura.aspx>

ROBERTS, J.A.G. – *História da China*. 1.ª Ed. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 1999. ISBN 978-989-8285-39-3.

RODRIGUES, Anabela Miranda – A incidência do Direito Comunitário sobre o Direito Penal dos Estados Membros. In *O Direito Penal Europeu Emergente*. 1.ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1574-8.

RTP – RTP Notícias Economia. *Processo tem sido “extremamente transparente e bem recebido”* – António Borges. [Em linha]. (16.03.2012). [Consultado a 31.03.2012]. <http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=536467&tm=6&layout=121&visual=49>

S. MATEUS – Evangelho S. Mateus. In *Novo Testamento*. 3.^a Ed. Rev. Braga: Editorial A.O., 1996. Mt. 7, 1-4. ISBN 972-39-0329-6.

Sapo – *Actual situação de Portugal é oportunidade para investidores chineses*. [Em linha]. (31/07/2011). [Consultado a 30-03-2012]. <http://economico.sapo.pt/noticias/nprint/123751.html>

SCHUTTE, Julian J. E. - O direito internacional público e a competência extraterritorial em matéria penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Trad. Manuel António Lopes Rocha. Lisboa. a3 n.1 (Jan. - Mar.1993).

SILVA, Germano Marques da – Concurso de crimes e crime continuado. In *Direito Penal Português, Parte Geral, vol. II: Teoria do Crime*. 2.^a Ed. Rev. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2005. ISBN 972-22-1902-2.

SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo Penal Vol. III*. 2.^a Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2000. ISBN 972-22-1636-8.

SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral Volume III. Teoria das Penas e das medidas de segurança*. Lisboa / São Paulo: Editorial Verbo, 1999. ISBN 972-22-1961-8. P.163-172.

SILVA, Germano Marques da – *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol. I, Introdução e Teoria da Lei Penal*. 2.^a Ed Rev. Lisboa: Verbo, 2001. ISBN 972-22-1828-X.

SPINELLIS, Dionysios - The ne bis in idem principle in global instruments: global report / Dionysios Spinellis. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P.1149-1162; Relatório apresentado no 17º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

SZLECHTER, E., *Tablettes Juridiques de la 1er Dynastie de Babylone*. 2 Volumes, Paris, 1958.

TWAIN, Mark – *Quotes by Mark Twain*. [Em Linha]. The Official Website of Mark Twain. [Consult. 03.2011]. Disponível em <http://www.cmgww.com/historic/twain/about/quotes.htm>.

VALDÁGUA, Maria da Conceição – *Início da tentativa do co-autor*. 2.^a Ed., Lisboa: [s.n.], 1993.

XI, Xiao Sheng e JIE, Suo Zheng - Estudo Comparado do Direito Processual Penal de Macau e da China. In *Seminário Questões Jurídicas do Período de Transição de Macau*. Org. Universidade de Direito e Ciência Política da China. Pequim, 10 e 11 de Novembro de 1995. *Perspectivas do Direito: Actas*. Pequim: Gabinete para a Tradução Jurídica, N.º 1, 1996.

ZHANG Jun, SHAN Changzong, MIAO Youshui - China's theory and practice on ne bis in idem. In *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Nouvelle série, a.73 (3 et 4 trimestres 2002). P. 865-872. Relatório apresentado no 17.º Congresso Internacional de Direito Penal: Colóquio preparatório, secção 4, subordinado ao tema "Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem", realizado de 1-4 Junho 2003 em Berlim (Alemanha).

ZHOU, Zhen Xiong – General provisions. In *The Criminal Procedure Law of the People Republic of China*. Chicago: Office of International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, 1998. ISBN 0-942511-81-6.

ZHOU, Zhen Xiong – *The Criminal Procedure Law of the People Republic of China*. Chicago: Office of International Criminal Justice, The University of Illinois at Chicago, 1998. ISBN 0-942511-81-6.

DIPLOMAS E DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Acórdão Assenidze v. Geórgia, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Processo n.º 71503/01, de 08.04.2004. TEDH, Relator WILDHABER, L. [Em linha]. Estrasburgo: T.E.D.H., 2004. [Consult. em 10.10.2011]. Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=91036931&skin=hudoc-en> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 1492.

Acórdão Brumarescu v. Roménia, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Processo n.º 28342/95, de 28.10.1999, Relator WILDHABER, L. [Em linha]. Estrasburgo: T.E.D.H., 1999. [Consult. Em 10.10.2011] Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=91036931&skin=hudoc-en> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 1495.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1146/96, Relator Alves Correia. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 20.12.1996. [Consultado em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19961146.html> e PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel, *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 405.

Acórdão do Tribunal Penal Internacional, The Prosecutor v. Barayagwiza ICTR, de 31 de Março de 2000, IT-94-19-AR72. Pedido de Revisão. [Em linha]. Haia: T.P.I., 31.03.2000. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.legal-tools.org/doc/d868a5/>.

Acórdão do Tribunal Penal Internacional, The Prosecutor v. Hazim Delic ICTY, de 25 de Abril de 2002, IT-96-21-R-R119. Pedido de Revisão. [Em linha]. Haia: T.P.I., 25.04.2002. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.legal-tools.org/doc/b6a3d0/>.

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça n.º SJ198407100374383, de 10.07.1984, Relator Villa Nova. [Em linha]. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 1984. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a061e5c10959c243802568fc003951e1?OpenDocument&Highlight=0,SJ198407100374383>

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça n.º SJ198810190396513, de 19.10.1988, Relator Almeida Simões. [Em linha]. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 1988. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/669c27e235951146802568fc0039af99?OpenDocument&Highlight=0,SJ198810190396513> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Anotações ao Art.º 375.º. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. p. 947 – 952.

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça n.º SJ200606010019365, 01.06.2006, Relator Pereira Madeira. [Em linha]. Lisboa: S.T.J., 01.06.2006. [Consult. 04.04.2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2867a65b1bc1ad628025723a00599ff4?OpenDocument&Highlight=0,SJ200606010019365>.

Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul, n.º 03141/07, de 13.12.2007, Relator Magda Gerales. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Central Administrativo Sul, 2007. [Consult. 22.03.2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/4debd1a2cd63e2e802573d0004bd3c1?OpenDocument&Highlight=0,03141%2F07>

Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul, n.º 03697/08, de 13.11.2008, Relator António Coelho da Cunha. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Central Administrativo Sul, 2008. [Consult. Em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/dc1fa3d44049fbd88025750600516e91?OpenDocument&Highlight=0,03697%2F08>

Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 164/2008, de 05.03, Relator Ana Guerra Martins. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2008. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/20080164.html> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Anotações ao Art.º 375.º. In *Comentário do Código de Processo*

Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.^a Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3.

Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 169/02, de 17.04.2002, Relator Paulo Mota Pinto. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2002. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/20020169.html>.

Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 572/2003, de 19.11.2003, Relator Paulo Mota Pinto. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2003. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/20020169.html>.

Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 644/98, de 17.11.1998, Relator Vaz Serra. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1998. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19980644.html> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de - Anotações ao Art.º 375.º. In *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.^a Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3.

Acórdão Tribunal Constitucional, n.º 677/98, de 02.12.1998, Relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 1998. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19980677.html>.

Acórdão Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo C-436/04, 09.03.2006, contra Leopold Henri Van Esbroeck e Göztütök/Brügge (C-187/01 e 385/01). [Em linha]. Luxemburgo: T.J.U.E., 09.03.2006. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-436/04&td=ALL> e MONTE, Mário Ferreira – II) Repertório de Jurisprudência. In *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-413-3. P. 373 ss.

Acórdãos do T.J.C.E. - Ac. 17/12/1970, *proc. 11/70*, Col. 1970, p. 625; Ac. 14/05/1974, *proc. 4/73*, *Nold*, Col. 1974, p. 283; Sobre Princípio da Proporcionalidade, Ac. 23/02/1985, *proc. 66/82*, *Fromancais*, Col. 1985, p. 395. CAMPOS, João Luiz Mota de, e CAMPOS, João Mota de – Os Princípios Gerais do Direito Comunitário. In *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional, A Ordem Jurídica, O Ordenamento Económico da União Europeia*. 5.^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. P. 346. ISBN 978-972-32-1484-0.

Acórdãos do T.J.C.E. - Processo C-187/01 e C-385/01, de 11 de Fevereiro de 2003 (pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberlandesgericht Köln e Rechtbank van eerste aanleg te Veurne): Hüseyin Gözütok (C-187/01) e Klaus Brügge (C-385/01); Processos C 387/02, C 391/02 e C 403/02, de 3 de Maio de 2005 – contra Sílvio Berlusconi, Sergio Adelchi e Marcello Dell’utri. [Em linha]. Luxemburgo: TJCE, 11.02.2003 e 03.05.2005. [Consult. em 20.03.2011]. Disponível em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ e MONTE, Mário Ferreira – II) Repertório de Jurisprudência. In *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-413-3.

Acordo de Cooperação entre a República Portuguesa e a República Popular da China no domínio do Turismo, a 13/03/2012. [Em linha]. Lisboa: Diário da República, 13.03.2012. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://dre.pt/pdf1sdip/2012/03/05200/0110801111.pdf>.

Acordo de Cooperação no Domínio do Desporto entre a República Portuguesa e a República Popular da China, a 22.07.1991. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 22.07.1991. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/ib.asp?id=693>.

Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Cooperação Económica, de 01.12.2005. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/ib.asp?id=1901>.

Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, Lisboa, 9 de Dezembro de 2005. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 09.12.2005. [Consult. em 22.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

Acordo relativo à Entrega de Infractores em Fuga, assinado em 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

Acordo Relativo à Transferência de Pessoas Condenadas, 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional

Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>

Acordo Relativo ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, 24 de Maio de 2001. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 24.05.2001. [Consult. 22.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

Almeida, Carlota Pizarro de, Vilalonga, José Manuel - *Código Penal*. 10^a Ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2694-9.

Anotação aos acórdãos da Relação de Coimbra, de 3 de Fevereiro de 1932 e do S.T.J., de 24 de Maio de 1932, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 2462, ano 65 (1932). P.91 e 95.

Código Penal da R.P.C., Revisão de 1997. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 17.09.1997. [Consult. 17.09.2011]. Disponível em <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php>.

Código Penal e Legislação Complementar. 2.^a Ed. Lisboa: Quid Juris, 2008. ISBN 978-972-724-374-7.

Código Penal Português – Decreto-lei 48/95, de 15 de Março. [Em linha]. Lisboa: P.G.D., 15.03.1995. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis.

Código Penal Português - Lei 59/2007, de 4 de Setembro. [Em linha]. Lisboa: P.G.D., 04.09.2007. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis.

Código Penal R.A.E.M. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 14.11.1995. [Consult, em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/95/46/codpenpt/default.asp>.

Código Processo Penal R.A.E.M. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 02.09.1996. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/96/36/codpropenpt/default.asp>.

Constituição da República Portuguesa (de acordo com a Revisão de 2005). 14.^a Ed. Lisboa: Quid Juris, 2005. ISBN 972-724-265-0.

Constituição da República Portuguesa, Coimbra. Almedina, Setembro 2006. ISBN 972-40-2930-1.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. In *Textos de Direito Internacional Público* I. 4ª ed. Rev. Lisboa: A.A.F.D.U.L., 2004.

Extradition Law of the People's Republic of China. [Em linha]. R.P.C.: 9.º Congresso Nacional, 28.12.2000. [Consult. em 26.09.2011]. Disponível em http://english.gov.cn/laws/2005-09/22/content_68710.htm.

Henriques, Leal, Santos, Simas, *Jurisprudência Penal – Com referências às disposições do novo Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março*. Lisboa: Rei dos Livros, 1995.

JONES, William C. - The Constitution of the People's Republic of China. In *Chinese law and legal theory*. The international library of essays in law & legal theory. Second series. Edited by Perry Keller - Aldershot: Ashgate (copy. 2001). ISBN 1-84014-775-X. P. 147-175.

Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>.

Lei da Nacionalidade n.º 37/81 alterada pela Lei n.º 2/2006, de 17.04.2006. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 17.04.2006. [Consult. 07.04.2012] Disponível em <http://www.dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=20061512%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=Lei&v12=&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar> e também [Consult. 22.03.2011] Disponível em http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/a_registral/registos-centrais/docs-da-nacionalidade/perda-da-nacionalidade-4/

Lei da Nacionalidade Portuguesa. Lei Orgânica 2/2006, 17 de Abril. [em linha]. Lisboa: P.G.D., 17.04.2006. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=735&tabela=leis&nversao=

Lei da Nacionalidade, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras. [Em linha]. Lisboa: SEF, 2011. [Consult. em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.nacionalidade.sef.pt/docsEstatSite2008.pdf>.

Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, Aprova a lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal. [Em linha]. Lisboa: Assembleia da República, 31.08.1999. [Consult. em 22.03.2011]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BI D=2802>

Nationality Law of the People's Republic of China. [Em linha]. R.P.C.: 5.º Congresso Nacional, 10.09.1980. [Consult. em 22.09.2011]. Disponível em <http://www.china.org.cn/english/LivinginChina/184710.htm>

Proposta de Lei n.º 98/X. [Em linha]. Lisboa: Parlamento, 2007. [Consultado em 02.04.2012]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=33296>

Protocolo B Anexo ao Tratado de Nice sobre o Estatuto do T.J.C.E., n.º 12001C/PRO/02, art.º 22.º, 56.º, 58.º, 61.º. [Em linha]. Nice: 15 Estados-Membros, 26.02.2011. [Consult. Em 07.04.2012]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=248534:cs&lang=pt&list=464767:cs,464781:cs,248462:cs,248457:cs,248534:cs,248533:cs,248478:cs,248477:cs,248476:cs,248475:cs,&pos=5&page=1&nbl=11&pgs=10&hwords=Nice~B~nice~protocolo~B~&checktexte=checkbox&visu=#texte>

Regulamento da Nacionalidade Portuguesa - Decreto-Lei n.º 237-A/2006, 14 de Dezembro. [Em linha]. Lisboa: IRN, 14.12.2006. [Consult. 07.04.2012]. Diploma disponível em <http://www.irn.mj.pt/sections/irn/legislacao/docs-legislacao/decreto-lei-237-a-2006/>

Regulamento de Disciplina Militar - Art. 27.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril. [Em linha]. Lisboa: EMFA, 09.04.1977. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.emfa.pt/www/conteudos/informacao/legislacao/EstatCondMilitar/Regulamento deDisciplinaMilitar.pdf>

Regulamento sobre os Requerimentos Relativos à Nacionalidade dos Residentes da R.A.E.M. Lei N.º 7/1999. [Em linha]. Macau: Instituto Jurídico de Macau, 20.12.1999. [Consult. em 23.09.2011]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/01/lei07.asp>

The Criminal Law and Criminal Procedure Law of China. 1.^a Ed. Beijing: Foreign Languages Press, 1984. ISBN 0-8351-1015-X.

The criminal law and the criminal procedure law of China. 2.^a Ed. Beijing: Foreign Languages Press, 1990. ISBN 7-119-01170-7.

Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre a Transferência de Pessoas Condenadas, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2007]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradução, Pequim, 31 de Janeiro de 2007. [Em linha]. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado – Cooperação Internacional Instrumentos Bilaterais – P.G.R., 31.01.2007. [Consult. em 20.09.2011]. Disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/instrumentos-bilaterais.html>.

ANEXO I

Jurisprudência Portuguesa - Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1146/96, publicado no *Diário da República*, I-A, de 20 de Dezembro de 1996, que declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do art.º 33.º, n.º 3, da Constituição da República, da norma constante do artigo 4.º, n.º1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto (em vigor, à época, no território de Macau), na parte em que permite a extradição por crimes puníveis no estado requerente com a pena de morte, havendo garantia da sua substituição, se esta garantia, de acordo com o ordenamento penal e processual do Estado requerente, não for juridicamente vinculante para os respectivos tribunais.⁷⁷⁵ “II – *Fundamentos (...):* 12.1 - Dispõe a alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 437/75:

«1 - A extradição pode ser negada quando:

a) O crime for punível no Estado requerente com a pena de morte ou com prisão perpétua e não houver garantia da sua substituição;

b) ...»

Por sua vez, o n.º 3 do artigo 33.º da Constituição estabelece:

«3 - Não há extradição por crimes a que corresponda pena de morte segundo o direito do Estado requisitante.» A questão da compatibilidade da norma legal que vem de ser transcrita com este preceito constitucional foi analisada, pela primeira vez, no Acórdão deste Tribunal n.º 417/95 (publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 266, de 17 de Novembro de 1995) - aresto tirado em plenário do Tribunal Constitucional, embora respeitante a um processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, com base em recurso interposto para este Tribunal do Acórdão do plenário do Tribunal Superior de Justiça de Macau de 14 de Abril de 1994 -, tendo-se aí concluído, com dois votos de vencido, que a norma constante do artigo 4.º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto, na parte em que permite a extradição por crimes puníveis no Estado requerente com a pena de morte, havendo garantia da sua substituição, é inconstitucional, por violação do artigo 33.º, n.º 3, da Constituição.

⁷⁷⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1146/96, Relator Alves Correia. [Em linha]. Lisboa: Tribunal Constitucional, 20.12.1996. [Consultado em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19961146.html> e PRATA, Ana, VEIGA, Catarina e VILALONGA, José Manuel, *Dicionário Jurídico – Volume II – Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 405.

A solução a que se chegou naquele aresto foi adoptada posteriormente em vários acórdãos das duas secções deste Tribunal, entre os quais os indicados pelo Procurador-Geral Adjunto no seu requerimento (Acórdãos n.ºs 430/95 e 449/95), todos tirados com base em recursos de decisões do Tribunal Superior de Justiça de Macau (registre-se que a solução do Acórdão n.º 417/95 suscitou o aplauso de J. J. Gomes Canotilho, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 128.º, n.º 3857, pp. 248-251, tendo, porém, sido criticada por Carlos Fernandes, in A Extradicação e o Respectivo Sistema Português, Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, Lisboa, 1996).

12.2 - É a solução, bem como o essencial da fundamentação constantes do Acórdão n.º 417/95, que aqui se adoptam.

Escreveu-se, em determinado passo, no referido aresto:

«[...] o legislador constitucional foi mais longe do que o legislador ordinário de 1975, pois que não estabeleceu qualquer condicionalismo, no sentido de condição legal, que tornasse possível a extradicação para países onde existisse a possibilidade de aplicação de pena de morte, que, depois de ser aplicada, viesse a ser substituída por uma pena de outro tipo. Nem no plano literal, nem no plano teleológico, se pode extrair do texto constitucional a permissão de tal condicionalismo.

Deste modo, o texto da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º deverá agora ser perspectivado à luz da Constituição (no entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira 'a proibição da extradicação em caso de haver possibilidade de aplicação da pena de morte está ligada à protecção absoluta, conferida ao direito à vida' - loc. cit., pp. 210-211).

Na verdade, tem o Tribunal Constitucional afirmado por diversas vezes que, quando esteja em causa a inconstitucionalidade material de uma norma, o parâmetro constitucional a ter em conta é o texto constitucional vigente no momento da aplicação da norma que é questionada, donde resulta que, no caso concreto, tendo a aplicação da norma da alínea a) ocorrido depois da entrada em vigor da Constituição de 1976, com as alterações introduzidas pela revisão de 1989, é a este texto que temos de nos ater (cf. Acórdãos n.ºs 408/89 e 446/91, publicados no Diário da República, 2.ª série, respectivamente, de 31 de Janeiro de 1990 e de 2 de Abril de 1992).

A protecção constitucional significa averiguar em concreto da compatibilidade da extradicação com os princípios que a enformam, tendo em atenção, especialmente, a Constituição, a infracção, e a pena, seja no plano substantivo, seja no plano processual, à luz do ordenamento interno dos dois Estados interessados na extradicação.

[...] O legislador constitucional quis de forma enfática afirmar que, desde que ao crime corresponda pena de morte segundo a lei incriminadora do Estado requerente, a extradição está peremptoriamente proibida. Por conseguinte, à luz do artigo 33.º, n.º 3, a extradição só é consentida quando, segundo o direito interno do Estado requerente, a pena susceptível de, em concreto, ser aplicada ou já aplicada ao caso não seja a pena de morte.

Na verdade, só então não corre perigo o direito à vida do extraditando. Ora, o direito à vida é, justamente, o que se pretende tutelar com aquela proibição de extradição, cujo fundamento último é, como se viu já, a dignidade da pessoa humana em que assenta o Estado de direito democrático e que impõe se proíba a pena de morte.

A expressão 'segundo o direito do Estado requisitante' usada no n.º 3 do artigo 33.º, tem, pois, de entender-se como sendo o direito internamente vinculante desse Estado, constituído, tão-só, pelo respectivo corpo de normas penais, de que conste a possibilidade abstracta da pena de morte, e por quaisquer mecanismos - e só eles - que se inscrevam vinculativamente no direito e processo criminais, ainda que decorrentes do direito constitucional ou do direito jurisprudencial do Estado requisitante, dos quais resulte que a pena de morte não será devida no caso concreto, porque nunca poderá ser aplicada (pense-se, como mera hipótese académica, em preceitos legais do tipo do artigo 16.º, n.os 3 e 4, do nosso Código de Processo Penal vigente, concedendo ao Ministério Público a iniciativa, vinculativa para o juiz, e processualmente irreversível, de 'entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a três anos ou medida de segurança de internamento por mais do que esse tempo').»

Com a sua jurisprudência, vasada no Acórdão n.º 417/95 e noutros que lhe seguiram o rasto, pretendeu o Tribunal Constitucional significar que o artigo 33.º, n.º 3, da Constituição proíbe a extradição por crimes cuja punição com pena de morte seja juridicamente possível, de acordo com o ordenamento penal e processual penal do Estado requisitante, sendo, por isso, incompatível com quaisquer garantias de não aplicação ou de substituição da pena capital prestadas pelo Estado requerente, que não se traduzam numa impossibilidade jurídica da sua aplicação.

Lançando mão da terminologia utilizada no Acórdão n.º 474/95 (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 266, de 17 de Novembro de 1995), pode afirmar-se que a norma constante da alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 437/75 é inconstitucional na medida em que permite a extradição por casos em que a aplicação da pena de morte é legalmente possível, embora não previsível, designadamente em função das garantias transmitidas pelo Estado requerente, não sendo, porém, inconstitucional na medida em que

permite a extradição, se for juridicamente certa a não aplicação dessa pena, não obstante ela ser, em abstracto, aplicável ao caso.

A norma questionada pelos requerentes deve, assim, nos termos acabados de assinalar, ser declarada inconstitucional, com força obrigatória geral”.

ANEXO II

Jurisprudência do T.E.D.H.

Caso BRUMĂRESCU v. ROMANIA - (Application no. 28342/95). Julgamento, Estrasburgo, 28 de Outubro de 1999 – (princípio da “certeza legal”, direito do MP requerer a revisão da sentença transitada em julgado, a qualquer momento, subtracção de questão civil da propriedade dos tribunais).⁷⁷⁶

“(...) J. The lower courts’ position on the application of the res judicata principle

43. Following government decision no. 11 of 18 February 1997, former owners who had succeeded in obtaining final court judgments ordering their property to be returned, only to see those judgments quashed by the Supreme Court of Justice on an extraordinary application by the Procurator-General, brought fresh actions for recovery of possession. The plea of res judicata raised in those new actions was not treated in the same way by all courts, as appears from the following.

1. Judgment no. 5626 of 16 May 1997 of the Bucharest (2nd District) Court of First Instance (final and enforceable)

“... the property sought to be recovered has already been the subject matter of proceedings between the same parties, resulting in judgment no. 212 of 12 January 1994 (now final and enforceable), in which this Court found for I.P. and declared him to be the owner of the property ...

The Procurator-General applied for that judgment to be quashed and on 28 September 1995 the Supreme Court of Justice did quash it and substituted its own judgment dismissing I.P.’s claim ...

... in accordance with Article 1201 of the Civil Code, which provides that ‘the principle of res judicata applies where a fresh action concerning the same subject matter, based on the same cause of action, is commenced between the same parties acting in the same capacities’, this Court finds that there have already been proceedings between these same parties in respect of

⁷⁷⁶ Acórdão Brumarescu v. Roménia, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Processo n.º 28342/95, de 28.10.1999, Relator WILDHABER, L. [Em linha]. Estrasburgo: T.E.D.H., 1999. [Consult. Em 10.10.2011] Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=91036931&skin=hudoc-en> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 1495.

the same property and that those proceedings have been determined by the Supreme Court of Justice ...

... that being so, this Court accepts the plea of res judicata and holds that it cannot entertain the plaintiff's claim."

2. Judgment no. 3276 of 10 December 1998 of Făgăraș Court of First Instance (appeal still possible)

"... this Court finds that Decree no. 92/1950 was unlawfully applied to the building owned by the plaintiff ..., orders that it be returned to her and dismisses the plea of res judicata ..."

(...) II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

(...) 62. In the present case the Court notes that at the material time the Procurator-General of Romania – who was not a party to the proceedings – had a power under Article 330 of the Code of Civil Procedure to apply for a final judgment to be quashed. The Court notes that the exercise of that power by the Procurator-General was not subject to any time-limit, so that judgments were liable to challenge indefinitely.

The Court observes that, by allowing the application lodged under that power, the Supreme Court of Justice set at naught an entire judicial process which had ended in – to use the Supreme Court of Justice's words – a judicial decision that was "irreversible" and thus res judicata – and which had, moreover, been executed.

In applying the provisions of Article 330 in that manner, the Supreme Court of Justice infringed the principle of legal certainty. On the facts of the present case, that action breached the applicant's right to a fair hearing under Article 6 § 1 of the Convention.

There has thus been a violation of that Article".

Caso ASSENIDZE v. GEORGIA - (Application no. 71503/01). Julgamento, Estrasburgo, 8 de Abril de 2004 – (exaustão dos meios internos, detenção depois de absolvição transitada, dever de executar sentença, ordem do TEDH para libertar imediatamente o detido).⁷⁷⁷

“(…) 2. The Court's assessment

(…) 129. In any event, the Court notes that the principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 of the Convention preclude any interference by the legislature with the administration of justice designed to influence the judicial determination of the dispute (see Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-B, p. 82, § 49). Consequently, the Court would be extremely concerned if the legislation or practice of a Contracting Party were to empower a non-judicial authority, no matter how legitimate, to interfere in court proceedings or to call judicial findings into question (see, mutatis mutandis, Cooper v. the United Kingdom [GC], no. 48843/99, § 130, ECHR 2003-XII).

130. The judgment acquitting the applicant was final. Accordingly, without prejudice to the provisions of Article 4 § 2 of Protocol No. 7, the principle of legal certainty – one of the fundamental aspects of the rule of law – precluded any attempt by a non-judicial authority to call that judgment into question or to prevent its execution (see, mutatis mutandis, Brumărescu v. Romania [GC], no. 28342/95, §§ 61-62, ECHR 1999-VII, and Ryabykh v. Russia, no. 52854/99, §§ 51-52, ECHR 2003-IX).

(…) IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

179. The applicant submitted that the failure to comply with the judgment acquitting him had infringed Article 6 § 1 of the Convention, which provides:

“In the determination of ... any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair ... hearing ... by an independent and impartial tribunal established by law. ...”

1. The parties' submissions

180. The Government did not make any submissions on this complaint. Referring to the Court's judgment in Hornsby v. Greece (judgment of 19 March 1997, Reports 1997-II), the

⁷⁷⁷ Acórdão Assenidze v. Geórgia, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Processo n.º 71503/01, de 08.04.2004. TEDH, Relator WILDHABER, L. [Em linha]. Estrasburgo: T.E.D.H., 2004. [Consult. em 10.10.2011]. Disponível em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=&sessionid=91036931&skin=hudoc-en> e ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de – Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN 978-972-54-0202-3. P. 1492.

applicant requested the Court to find a violation of his rights under Article 6 § 1 of the Convention.

2. The Court's assessment

181. The Court reiterates that the execution of a judgment given by any court must be regarded as an integral part of the trial for the purposes of Article 6 (see, *mutatis mutandis*, *Hornsby*, cited above, pp. 510-11, § 40; *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, §§ 34-35, ECHR 2002-III; and *Jasiūnienė v. Lithuania*, no. 41510/98, § 27, 6 March 2003).

182. The guarantees afforded by Article 6 of the Convention would be illusory if a Contracting State's domestic legal or administrative system allowed a final, binding judicial decision to acquit to remain inoperative to the detriment of the person acquitted. It would be inconceivable that paragraph 1 of Article 6, taken together with paragraph 3, should require a Contracting State to take positive measures with regard to anyone accused of a criminal offence (see, among other authorities, *Barberà, Messegue and Jabardo v. Spain*, judgment of 6 December 1988, Series A no. 146, pp. 33-34, § 78) and describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without at the same time protecting the implementation of a decision to acquit delivered at the end of those proceedings. Criminal proceedings form an entity and the protection afforded by Article 6 does not cease with the decision to acquit (see, *mutatis mutandis*, *Belziuk v. Poland*, judgment of 25 March 1998, Reports 1998-II, p. 570, § 37).

183. Applying those principles to the instant case, the Court emphasises that it was impossible for the applicant to secure execution of the judgment of a court that had determined criminal charges against him, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. It does not consider it necessary to establish which domestic authority or administration was responsible for the failure to execute the judgment, which was delivered more than three years ago. It merely observes that the administrative authorities taken as a whole form one element of a State subject to the rule of law and their interests accordingly coincide with the need for the proper administration of justice (see *Hornsby*, cited above, p. 511, § 41). If the State administrative authorities could refuse or fail to comply with a judgment acquitting a defendant, or even delay in doing so, the Article 6 guarantees the defendant previously enjoyed during the judicial phase of the proceedings would become partly illusory.

184. Consequently, the fact that the judgment of 29 January 2001, which is a final and enforceable judicial decision, has still not been complied with more than three years later has deprived the provisions of Article 6 § 1 of the Convention of all useful effect.

(...) FOR THESE REASONS, THE COURT

8. Holds by fourteen votes to three that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention on account of the failure to comply with the judgment of 29 January 2001 (paragraph 184)".

ANEXO III

Jurisprudência do T.J.C.E.

Processo C-187/01 e C-385/01⁷⁷⁸, de 11 de Fevereiro de 2003 (pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberlandesgericht Köln e Rechtbank van eerste aanleg te Veurne): Hüseyin Gözütok (C-187/01) e Klaus Brügge (C-385/01). *(Convenção de aplicação do acordo de Schengen (Princípio ne bis in idem (Âmbito de aplicação (Decisões pelas quais o Ministério Público arquiva definitivamente processos penais, sem a intervenção de um órgão jurisdicional, depois de o arguido ter satisfeito determinadas condições))*: “(...) Nos processos apensos C-187/01 e C-385/01, que têm por objecto pedidos dirigidos ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 35. (UE, respectivamente pelo Oberlandesgericht Köln (Alemanha) e pelo Rechtbank van eerste aanleg te Veurne (Bélgica), destinados a obter, nos processos penais pendentes nestes órgãos jurisdicionais contra Hüseyin Gözütok (C-187/01) e Klaus Brügge (C-385/01), uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 54 da convenção de aplicação do acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns (JO 2000, L 239, p. 19), assinada em 19 de Junho de 1990 em Schengen (Luxemburgo), o Tribunal de Justiça, composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, J.-P. Puissochet, M. Wathelet, R. Schintgen (relator) e C. W. A. Timmermans, presidentes de secção, C. Gulmann, A. La Pergola, P. Jann, V. Skouris, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr e J. N. Cunha Rodrigues, juízes, advogado-geral: D. Ruiz-Jarabo Colomer, secretário: H. A. Rühl, administrador principal, proferiu em 11 de Fevereiro de 2003 um acórdão cuja parte decisória é a seguinte: «O princípio ne bis in idem, previsto no artigo 54 da convenção de aplicação do acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em 19 de Junho de 1990 em Schengen, aplica-se igualmente a procedimentos de extinção da acção penal, como os que estão em causa nos processos principais, pelos quais o

⁷⁷⁸ Acórdãos do T.J.C.E. - Processo C-187/01 e C-385/01, de 11 de Fevereiro de 2003 (pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberlandesgericht Köln e Rechtbank van eerste aanleg te Veurne): Hüseyin Gözütok (C-187/01) e Klaus Brügge (C-385/01). [Em linha]. Luxemburgo: TJCE, 11.02.2003 e 03.05.2005. [Consult. em 20.03.2011]. Disponível em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ e MONTE, Mário Ferreira – II) Repertório de Jurisprudência. In *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-413-3.

Ministério Público de um Estado-Membro arquiva, sem intervenção de um órgão jurisdicional, o procedimento criminal instaurado nesse Estado, depois de o arguido ter satisfeito determinadas obrigações e, designadamente, ter pago determinada soma em dinheiro fixada pelo Ministério Público.» (...)”.

Processos C-387/02, C-391/02 e C-403/02⁷⁷⁹, de 3 de Maio de 2005 – contra Sílvia Berlusconi, Sergio Adelchi e Marcello Dell’utri e o.*«Direito das sociedades – Artigos 5.º do Tratado CEE (que passou a artigo 5.º do Tratado CE, o qual por sua vez passou a artigo 10.º CE) e 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado CEE [que passou a artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado CE, o qual por sua vez passou, após alteração, a artigo 44.º, n.º 2, alínea g), CE] – Primeira Directiva 68/151/CEE, Quarta Directiva 78/660/CEE e Sétima Directiva 83/349/CEE – Contas anuais – Princípio da imagem fiel – Sanções previstas em caso de informações falsas sobre as sociedades (falsificações na contabilidade) – Artigo 6.º da Primeira Directiva 68/151 – Exigência de carácter adequado das sanções por violações do direito comunitário»: “(...) 2. O princípio da aplicação retroactiva da pena mais leve faz parte dos princípios gerais de direito comunitário que o juiz nacional deve respeitar quando aplica o direito nacional adoptado para pôr em prática o direito comunitário.3. A exigência relativa ao carácter adequado das sanções em caso de falta de publicidade das contas anuais, imposta pelo artigo 6.º Da Primeira Directiva 68/151, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade, não pode, enquanto tal, ser invocada pelas autoridades de um Estado-membro contra réus no âmbito de procedimentos penais para controlar a compatibilidade com essa exigência de disposições mais favoráveis aos réus, entradas em vigor depois da prática das infracções, quando a sua incompatibilidade possa ter por efeito afastar a aplicação do regime de penas mais leves previsto por essas disposições. Uma directiva não pode, por si só e independentemente de uma lei interna adoptada por um Estado-membro para a sua aplicação, conduzir à determinação ou ao agravamento da responsabilidade penal dos réus (...)”.*

⁷⁷⁹ Acórdãos do T.J.C.E. - Processos C-387/02, C-391/02 e C-403/02, de 3 de Maio de 2005 – contra Sílvia Berlusconi, Sergio Adelchi e Marcello Dell’utri. [Em linha]. Luxemburgo: TJCE, 11.02.2003 e 03.05.2005. [Consult. em 20.03.2011]. Disponível em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/ e MONTE, Mário Ferreira – II) Repertório de Jurisprudência. In *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-413-3.

Processo C-436/04⁷⁸⁰, de 9 de Março de 2006, contra Leopold Henri Van Esboeck «Convenção de aplicação do Acordo de Schengen – Artigos 54.º e 71.º – princípio ne bis in idem – Aplicação ratione temporis – Conceito de ‘mesmos factos’ – Importação e exportação de estupefacientes objecto de acções penais em diferentes Estados contratantes». *Sumário do acórdão:* “1. O princípio ne bis in idem, consagrado pelo artigo 54.º da Convenção de aplicação do Acordo de Schengen, deve ser aplicado a um procedimento penal instaurado num Estado contratante por factos que já tenham dado origem à condenação do interessado noutro Estado contratante, mesmo que a referida Convenção ainda não estivesse em vigor neste último Estado no momento em que a referida condenação foi proferida, desde que estivesse em vigor nos Estados contratantes em causa no momento da apreciação das condições de aplicação do princípio ne bis in idem pela instância chamada a pronunciar-se em segundo lugar.

2. Com efeito, contrariamente aos artigos 14.º, n.º 7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e 4.º do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que consagram o princípio ne bis in idem utilizando o conceito de «infracção», o artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (C.A.A.S.) deve ser interpretado no sentido de que o critério relevante para efeitos da aplicação do referido artigo é o da identidade dos factos materiais, entendido como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido.

Efectivamente, nenhuma disposição do título VI do Tratado da União Europeia, relativo à cooperação policial e judiciária em matéria penal, nem do acordo de Schengen ou da própria C.A.A.S. subordinam a aplicação do artigo 54.º da C.A.A.S. à harmonização ou, pelo menos, à aproximação das legislações penais dos Estados-Membros. O princípio ne bis in idem implica, assim, necessariamente que exista uma confiança mútua dos Estados contratantes nos respectivos sistemas de justiça penal e que, na ausência de harmonização das legislações penais nacionais, cada um dos referidos Estados aceite a aplicação do direito penal em vigor noutros Estados contratantes, ainda que a aplicação do seu direito nacional pudesse conduzir a uma solução diferente. A apreciação definitiva da identidade dos factos materiais

⁷⁸⁰ Acórdão Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo C-436/04, 09.032006, contra Leopold Henri Van Esbroeck e Göztütök/Brügge (C-187/01 e 385/01). [Em linha]. Luxemburgo: T.J.U.E., 09.03.2006. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=C-436/04&td=ALL>

e MONTE, Mário Ferreira – II) Repertório de Jurisprudência. In *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-413-3. P. 373 ss.

cabe às instâncias nacionais competentes, que deverão determinar se os factos materiais em causa constituem um conjunto de factos indissociavelmente ligados no tempo, no espaço e pelo seu objecto (...) ”.

Jurisprudência do T.P.I

The Prosecutor v. Barayagwiza ⁷⁸¹, ICTR, de 31 de Março de 2000, IT-94-19-AR72

Pedido de Revisão: “41. Pour en revenir à la procédure qui nous préoccupe, il ressort clairement du Statut et du Règlement que pour qu’une Chambre d’appel puisse procéder à un examen en révision d’un arrêt, elle doit se convaincre que les quatre critères suivants sont réunis: l’existence d’un fait nouveau ; ce fait nouveau ne doit pas avoir été connu de la partie intéressée au moment du procès en première instance ; la non-découverte du fait nouveau ne doit pas être dû au manque de diligence de la part de la partie intéressée qui, en plus, doit rapporter la preuve que le fait nouveau aurait pu être un élément décisif de la décision prise en première instance.

42. La Chambre d’appel du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie a insisté sur la distinction qu’il y a lieu de faire entre les faits authentiquement nouveaux qui peuvent justifier une révision d’un arrêt et des éléments de preuve supplémentaires que l’on présente pour corroborer un fait. Lors de

l’examen de l’application de l’article 119 du Règlement du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie (qui reflète l’article 120 du Règlement), la Chambre d’appel a conclu que:

Lorsqu’un demandeur souhaite présenter un fait nouveau qui n’a été découvert qu’après le procès, malgré toutes les diligences effectuées durant celui-ci pour le découvrir, l’article applicable est l’article 119. Dans ce cas, l’Appelant ne demande pas l’admission d’éléments de preuve supplémentaires concernant un fait examiné lors du procès, mais celle d’un fait nouveau. C’est à la Chambre de première instance qui a rendu le jugement définitif qu’il revient d’étudier une demande en révision, c’est donc à celle-ci qu’il conviendrait d’adresser la demande. Dans pareil cas, la Chambre de première instance a pour tâche de réviser le jugement et de décider si le fait nouveau, s’il avait été avéré, aurait pu constituer un élément décisif.

En outre, la Chambre d’appel a déclaré:

⁷⁸¹ Acórdão do Tribunal Penal Internacional, *The Prosecutor v. Barayagwiza* ICTR, de 31 de Março de 2000, IT-94-19-AR72. Pedido de Revisão. [Em linha]. Haia: T.P.I., 31.03.2000. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.legal-tools.org/doc/d868a5/>.

--- qu'il existe une distinction entre un fait et la preuve de ce fait. La simple découverte a posteriori de la preuve d'un fait connu au moment du procès ne constitue pas en soi un fait nouveau au sens de l'article 119 du Règlement (...)"

The Prosecutor v. Hazim Delic⁷⁸² ICTY, de 25 de Abril de 2002, IT-96-21-R-R119

Pedido de Revisão: "(...) The Appeals Chamber clarified the difference between review proceedings and additional evidence and emphasised that "despite some similarities between a review pursuant to Rule 119 and an appeal based upon new evidence admitted pursuant to Rule 1156, a very clear distinction has been drawn between the two procedures."

In the case of additional evidence, it considered that "the evidence may be known to the moving party at the time of the original proceedings but not available." In the case of a new fact, the Appeals Chamber deemed it "necessary for the moving party to show that the new fact was not known to it at the time of the original proceedings." It underscored that it was "an important distinction." The Appeals Chamber added that "[t]he requirement of due diligence is the most obvious similarity between the two procedures." Although "Rule 119 refers expressly to due diligence and Rule 115 does not", it noted that "the requirement in Rule 115 that the moving party demonstrate that the additional material proffered was not available at the trial requires that party to establish also that the evidence could not have been discovered through the exercise of due diligence". In this regard, the Appeals Chamber concluded that "the requirements of the two rules are the same." It also noted that "[t]here is similarity, although a difference in degree, between the requirement in the review procedure that the additional material proffered could have been a decisive factor in reaching the original decision and the requirement in the appeal procedure involving additional evidence that the additional material will be admitted if the interests of justice so require".

The Appeals Chamber found that "[t]he clear distinction which has been drawn between the two procedures relates to the nature of the additional material which may be considered in each." The Appeals Chamber held that "[w]here the additional material proffered consists of a new fact - that is, a fact which was not in issue or considered in the original proceedings - a review pursuant to Rule 119 is the appropriate procedure, which must be taken before the Chamber which gave the final judgment upon the relevant issue."

⁷⁸² Acórdão do Tribunal Penal Internacional, *The Prosecutor v. Hazim Delic* ICTY, de 25 de Abril de 2002, IT-96-21-R-R119. Pedido de Revisão. [Em linha]. Haia: T.P.I., 25.04.2002. [Consult. em 07.04.2012]. Disponível em <http://www.legal-tools.org/doc/b6a3d0/>.

Conversely, it held that "[i]f the material proffered consists of additional evidence relating to fact which was in issue or considered in the original proceedings, this does not constitute a 'new fact' within the meaning of Rule 119" and that "the review procedure is not available."

The Appeals Chamber concluded that the distinction is "between a fact which was not in issue or considered in the original proceedings (a 'new fact' within the meaning of Rule 119) and additional evidence of a fact which was in issue or considered in the original proceedings but which evidence was not available to be given in those proceedings ('additional evidence' within the meaning of Rule 115) (...)".