

O Princípio da Dupla-Incriminação, exceção ao Princípio da Dupla-Punibilidade

*Ilda Cristina Ferreira** **

Intróito

Decorridos quase 15 anos sobre a entrada em vigor da Lei da Cooperação Judiciária em Matéria Penal (LCJMP), Lei n.º 6/2006, de 24 de Julho,¹ poucos são os colegas e operadores do Direito que têm a noção do estatuto que o princípio da dupla-incriminação ocupa na Lei. Com efeito, existe um entendimento generalizado em que o princípio da dupla-incriminação é um princípio geral da LCJMP quando, na realidade, é uma exceção.² E é com perplexidade que se toma conhecimento da existência de um princípio denominado ‘dupla-punibilidade’ e que este, sim, é o princípio geral.

* Doutoranda da Faculdade de Direito da University of Hong Kong, Mestre em Estudos Europeus pela Universidade de Macau e pelo IEEM, licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Jurista. Ex-Chefe do Departamento do Direito Internacional e Inter-regional da Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça da Região Administrativa Especial de Macau (2016-2020). Coordenadora da Disciplina de Direito Internacional Público e Assistente convidada, em regime de tempo parcial, da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (2009/2010 a 2014/2015).

** O presente texto é da exclusiva responsabilidade da autora, não podendo as opiniões nele expressas ser imputadas a qualquer outra pessoa ou entidade.

¹ Disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/2006/30/lei06.asp>.

² À semelhança da lei portuguesa (Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto). De frisar que a Lei n.º 144/99 é a principal fonte da LCJMP. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/seccions/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/pdf4/l-144-1999/downloadFile/file/L_144_1999.pdf?nocache=1182173697.76.

Este [quase total] desconhecimento está na origem deste breve artigo, cuja expectativa é que possa de alguma forma contribuir para uma melhor compreensão da LCJMP, clarificando o alcance e a relação entre estes dois princípios na Lei, patenteando, simultaneamente, o lado *avant-guarde* da LCJMP em matéria de cooperação penal, alinhada com as tendências internacionais no combate ao crime internacional e transnacional no mundo contemporâneo e global.

I. A LCJMP

A LCMP é um marco no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) da República Popular da China (RPC) porque veio colmatar um vazio legislativo ao enquadrar e facultar um conjunto de princípios, normas e procedimentos pelos quais se deve pautar a cooperação bilateral entre a RAEM e outros Estados ou Territórios em matéria penal na ausência de um acordo bilateral ou multilateral.^{3 4}

³ A cooperação judiciária em matéria penal na RAEM não depende da existência de um acordo bilateral entre as Partes. Para um breve sumário sobre a cooperação na RAEM, *vide*: ILDA CRISTINA FERREIRA, “Direito Internacional”, *Estudos no âmbito da Produção Legislativa – textos em língua portuguesa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Dezembro de 2018, 337 e ss.

⁴ A RAEM celebrou até à presente data 11 acordos bilaterais, designadamente com a Coreia do Sul, a Mongólia, a Nigéria e Portugal. Destes acordos, os acordos de cooperação jurídica e judiciária celebrados com Portugal, Cabo Verde e Timor Leste não são *stricto-senso* verdadeiros acordos de cooperação judiciária em matéria penal, antes sim *Acordos-Quadro*, pois fazem depender a cooperação judiciária penal da celebração de acordos específicos (*vide* art.s 3.º e 4.º do Acordo com Portugal ou art. 3.º do Acordo com Timor Leste ou Cabo Verde). Todos disponíveis em: <http://www.io.gov.mo/pt/legis/int/list/bilat/juridical>. O Governo da RAEM encontra-se ainda em negociações com o Brasil, Vietname e Filipinas, Angola, Timor-Leste e Cabo Verde e em diálogo com a Malásia, Indonésia e Tailândia (Linhas de Acção Governativa 2019, pág. 40 e 73). Disponível em: https://www.gov.mo/pt/wp-content/uploads/sites/3/2018/11/2019SAJ_PT.pdf

À semelhança de outras jurisdições, a LCJMP abrange: a entrega de infractores em fuga (extradição),⁵ a transmissão de processos penais, a execução de sentenças penais, a transferência de pessoas condenadas, a vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente e outras formas de colaboração judiciária em matéria penal.⁶

A LCJMP consagra, no seu Capítulo II (Princípios gerais), do Título I (Disposições gerais), um acervo de princípios e normas gerais aplicáveis a todas as formas de cooperação previstas na Lei e um número de princípios e normas apenas aplicáveis a uma forma ou tipo de cooperação.

No quadro destes princípios e normas gerais é oportuno referir que a Lei acolhe princípios que decorrem do singular estatuto jurídico-político da RAEM,⁷

⁵ Sobre o instituto da entrega de infractores em fuga, *vide*: ILDA CRISTINA FERREIRA, “Breves notas sobre o ‘Instituto da Entrega de Infractores em Fuga’ na Região Administrativa Especial de Macau”, in *Aspectos Polémicos da Extradição em Cabo Verde e no Espaço Lusófono – Nacionalidade, Pena aplicável, Institutos afins*, Organizadores: José Pena Delgado, José Carlos Fonseca e Liriam Tiujo Delgado, Fundação Direito e Justiça & Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, Praia, 2009, pág. 269 e *ss* ou da mesma autora, “The Surrender of Fugitive Offenders, regime in Macao SAR”, apresentação no âmbito da Conferência “International Surrender of Persons A transnational approach”, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários e a Academia de Direito Europeu (ERA), Lisboa, 6-7 Outubro de 2016 ou “The Surrender of Fugitive Offenders in the MSAR”, *Revista de Ensino Superior da Região do Ural*, N.º 4, Dezembro 2016.

⁶ Cfr. art.1.º da LCJMP.

⁷ *Vide*, entre outros, JORGE COSTA OLIVEIRA, “O ordenamento jurídico de Macau no contexto da Lei Básica”, apresentação no Colóquio realizado pela Associação de Advogados de Macau, 13 e 20 de Novembro de 1991, FRANCISCO GONÇALVES PEREIRA, *Portugal, A China e a “Questão de Macau”*, 2ª Edição, Instituto Português do Oriente, 2010, IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, 1ª Edição, Associação de Divulgação da Lei Básica de Macau, 2005, RAO GE PING, “Fundamentos Jurídicos do Projecto do Sistema da Região Administrativa Especial de Macau”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XIII n.º 27, 2009, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Constitucional de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Instituto do Direito de Língua Portuguesa, CEDIS, Lisboa/Macau, 2012 e CARMEN AMADO MENDES, *Portugal, China and the Macau Negotiations 1986-1999*, Royal Asiatic Society and Hong Kong Studies Series, Hong Kong University Press, 2013.

designadamente do princípio da soberania (1ª parte do art. 2.º)⁸ e do princípio “Um País, Dois Sistemas” (n.º 1 do art. 1.º e n.ºs 1 e 2 do art. 2.º)⁹, a par de princípios e normas que reflectem a identidade jurídico-normativa da RAEM, característicos do seu ordenamento jurídico, como é o caso do princípio do primado do direito internacional convencional (art. 4.º)¹⁰ e do princípio da

⁸ O princípio da soberania ou da unidade nacional traduz a primazia e a salvaguarda dos interesses nacionais. A RAEM é parte inalienável da RPC e é uma região administrativa *local* da China não obstante gozar de um alto grau de autonomia. A RAEM está directamente subordinada ao Governo Popular Central (GPC) (art.s 2.º e 12.º da Lei Básica da RAEM, lei de valor constitucional). As relações externas e a defesa nacional são da competência do GPC (art.s 13.º e 14.º da Lei Básica).

⁹ Princípio desenvolvido por DENG XIAO PING (princípio primevo e constitutivo da RAEM), *vide* excertos em: http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2004-02/19/content_307590.htm. *Vide*, entre outros, WANG ZHENMIN, “Um País, Dois Sistemas”: posicionamento histórico, situação actual e desenvolvimentos futuros (em abstracto), págs. 125-132, YASH GAI, “A transferência de soberania e a democratização de Hong Kong e Macau”, págs. 187-244 e ALBERT H.Y.CHEN, “O Conceito ‘Um País, Dois Sistemas’ e a sua aplicação a Hong Kong, Taiwan e Macau”, págs. 253-260, todos em “As Leis Básicas: Problemas e Perspectivas”, in *Revista Jurídica de Macau*, N.º Especial, 1999, IEONG WAN CHONG, “A Lei Básica da RAEM e a Concretização do Princípio ‘Um País, Dois Sistemas’”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano V, n.º 12, 2001, págs. 95-107. Este princípio vertido na LCJMP reproduz parcialmente o art. 94.º da Lei Básica. Ao mesmo tempo, a LCJMP estatui que os pedidos de cooperação “observam o procedimento de notificação junto do GPC nos termos da Lei n.º 3/2002” [Procedimento relativo à notificação de pedido no âmbito da cooperação judiciária] (disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/2002/09/lei03.asp>). Estes dispositivos legais reflectem a coexistência e a articulação dos dois sistemas - Interior da China (1.º Sistema) e RAEM (2.º Sistema).

¹⁰ Daqui decorre que as disposições sobre a cooperação judiciária em matéria penal contidas nas convenções aplicáveis na RAEM, quer enquanto sujeito próprio de direito internacional, quer por virtude da extensão da sua aplicabilidade na RAEM pela RPC, prevalecem e regem as relações da RAEM com os Estados-Parte dessas convenções, como é o caso da Convenção das NU contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Aviso do Chefe do Executivo n.º 36/2004) e da Convenção das NU contra a Corrupção (Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2006). Este princípio é ainda reiterado na al. 1) do n.º 1 do art. 7.º da LCJMP, estando igualmente plasmado no art. 213.º do Código de Processo Penal ou no n.º 2 do art. 5.º do Código Penal de Macau. Sobre a recepção do direito internacional convencional e a sua posição na hierarquia nas fontes de Direito da RAEM, *vide* ILDA CRISTINA FERREIRA, “Comentário ao Acórdão do TUI n.º 2/2004 sobre a posição do direito internacional convencional na hierarquia nas fontes de Direito na RAEM”, *Legisiuris*, N.º 6, Ano 3, Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau, Dezembro de 2015.

proibição da pena de morte (al. 7 do n.º 1 do art. 7.º);^{11 12} e, por último, dos princípios e normas que são internacionalmente aceites e reconhecidos na esfera da cooperação judiciária internacional em matéria penal, a título de exemplo, o

¹¹ Princípio humanista que consubstancia o respeito pela dignidade humana. A recusa da entrega do reclamado quando haja possibilidade de lhe pode vir a ser aplicada a pena de morte ou a de prisão perpétua reflecte a tradição humanista da lei penal de Macau consagrada no n.º 1 do art. 39.º do Código Penal de Macau (*vide* igualmente preâmbulo). Disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/95/46/codpenpt/codpen0001.asp#t1a1>. *Vide*, entre outros, SAM CHAN IO, “Características Principais do Sistema Penal de Macau”, págs. 238-239 ou LEONOR ASSUNÇÃO, “O modelo estrutural do processo penal de Macau – princípios que o fundamentam”, págs. 279-280, ambos in *Repertório de Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007. *Vide* Parecer n.º 2/III/2006 da 1ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa (AL) da RAEM, pág. 10. Disponível em: <http://www.al.gov.mo/uploads/lei/leis/2006/06-2006/parecer.pdf>.

¹² A entrega da pessoa reclamada pode ser possível caso existam garantias de que a pena de morte ou a pena de prisão perpétua não vai ser aplicada ou executada (art. 7.º, n.º 2, al. 1), tendo-se em consideração “para efeitos de apreciação da suficiência das garantias”, entre outros, a prática da Parte requerente sobre a execução desta pena, a possibilidade de não aplicação da pena, a reapreciação da situação da pessoa reclamada, a possibilidade de indulto, o perdão, a comutação da pena ou medida análoga (art. 7.º, n.º 3). A *raison d’être* desta diferença prende-se com o princípio da confiança mútua e da consciência da diversidade de ordenamentos jurídicos no contexto regional em que a RAEM se insere, como é referido no Parecer n.º 2/III/2006 da AL: (...), “o legislador é sensível à inserção regional de Macau. Ou seja, não podemos ignorar o facto de que, em muitos ordenamentos jurídicos dos países que circundam Macau (donde, muito provavelmente, provirão os pedidos de entrega dos infractores em fuga), os crimes mais graves são punidos com pena de morte.” *Ibid.*

princípio da reciprocidade (art. 5.º),¹³ o princípio da especialidade (art. 17.º)¹⁴ e o princípio *non bis in idem* (art. 20.º).¹⁵

¹³ Princípio igualmente consagrado no art. 94.º da Lei Básica. De notar que a falta de reciprocidade não obsta à cooperação nos termos do n.º 3 do art. 5.º da LCJMP desde que essa cooperação: 1) se mostre aconselhável em razão da natureza do facto ou da necessidade de lutar contra certas formas graves de criminalidade, onde podemos incluir, *inter alia*, o tráfico ilícito de droga, o crime organizado, o terrorismo, o tráfico de pessoas; 2) possa contribuir para melhorar a situação do arguido ou do condenado ou para a reinserção social do condenado; ou 3) sirva para esclarecer factos imputados a um residente da RAEM.

¹⁴ Segundo o qual a entrega da pessoa reclamada está limitada aos factos que fundamentaram o pedido de cooperação. Porém, não é excluída a possibilidade de ser solicitada a extensão da cooperação a factos diferentes dos que fundamentaram o pedido, mediante novo pedido apresentado e instruído nos termos da LCJMP. Neste caso, é obrigatória a apresentação de um auto onde constem as declarações da pessoa que beneficia da regra da especialidade. O art. 18.º da LCJMP estipula quais os casos em que não se aplica a regra da especialidade. *Vide*, entre outros, VIRIATO MANUEL PINHEIRO LIMA, “Auxílio Judiciário Mútuo entre a República Popular da China e a Região Administrativa Especial de Macau, Após 19 de Dezembro de 1999 – Abordagem Geral”, “Cooperação Jurídica e Judiciária Inter-Regional”, *Revista Jurídica de Macau*, N.º Especial, 2004, págs. 17-18, MÁRIO MENDES SERRANO, “Extradução, Regime e Praxis” in *Cooperação Internacional Penal – Extradução e Transferência de Pessoas Condenadas*, JOSÉ MANUEL DA CRUZ BUCHO, LUÍS SILVA PEREIRA, MARIA DA GRAÇA VICENTE DE AZEVEDO e MÁRIO MENDES SERRANO, Vol. I, Centro de Estudos Judiciários, 2000, pág. 40-41.

¹⁵ Princípio fundamental da protecção dos direitos do arguido em que este não pode ser julgado duas vezes pelo mesmo crime (*vide* também art.s 78.º, n.º 1, e 87.º, n.º 1, da LCJMP). Este princípio está igualmente consagrado no n.º 7 do art.14.º do Pacto Internacional para os Direitos Cívicos e Políticos, ao qual é atribuído valor constitucional porquanto prefigura o catálogo de direitos e liberdades fundamentais dos residentes e não-residentes da RAEM consagrados na Lei Básica (conjugação dos art.s 40.º e 43.º).

Este leque de princípios gerais da LCJMP complementam o já enformador quadro jurídico-penal da RAEM assente numa concepção humanista e em consonância com *os modelos contemporâneos da política criminal*.^{16 17}

Não obstante o supra-mencionado, entendeu o legislador da RAEM estatuir, para certas formas de cooperação judiciária, princípios e normas específicas. Com efeito, podemos encontrar, no Capítulo correspondente a cada forma de cooperação, princípios e normas próprias que complementam ou excepcionam os princípios e as normas gerais da Lei.

Tal significa que é possível ora ampliar ora restringir a aplicação de determinados princípios a certas formas de cooperação assegurando-se, deste modo, um certo grau de flexibilidade e amplitude na cooperação *inter-Partes* em função dos valores ou bens jurídicos que as mesmas pretendam tutelar. As Partes podem, assim, ser menos restritivas no que concerne aos fundamentos de recusa, por exemplo, no quadro de um pedido de assistência judiciária recíproca ou mais restritivas quando estão perante valores ou bens jurídicos críticos de interesse

¹⁶ Vide nota justificativa da LCJMP. O legislador inspirou-se em princípios e normas de diversos acordos internacionais em vigor de modo a assegurar a aplicação de convenções internacionais na RAEM, designadamente em postulados da moderna política criminal que se dirige tanto a uma eficaz aplicação da lei penal, como a facilitar a reinserção do agente. Disponível em: http://www.al.gov.mo/uploads/lei/leis/2006/06-2006/nota_justificativa.pdf. Sobre os principais princípios que enformam a LCJMP, vide, entre outros, JORGE COSTA OLIVEIRA, “Macao SAR Inter-Regional Mutual Legal Assistance in Criminal Matters”, in *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Essays on Macau’s Autonomy after the Reassumption of Sovereignty by China*, Editores JORGE OLIVEIRA e PAULO CARDINAL, Springer, Macau, 2009, págs. 568-569, Parecer n.º 2/III/2006 AL, n/nota 11, págs. 8-9, ILDA CRISTINA FERREIRA, *ob.cit.* nota 5, págs. 279 e ss.

¹⁷ Outros princípios da LCJMP a destacar: Princípio da salvaguarda dos direitos dos arguidos e visados na lei; princípios da legalidade processual, da lealdade processual, da imparcialidade, da igualdade de armas, do contraditório, do direito de defesa e de recurso do arguido (art. 7.º, n.º 1, al.s 2), 3), 4) ou 5)); princípio da lei mais favorável ao arguido com a conversão ou redução das penas (art. 7.º, n.º 2, al. 2)); princípios de natureza humanitária quando se justifique em razão da saúde ou da idade ou outro motivo de carácter pessoal (art. 19.º, n.º 2) e princípio da insignificância ou da intervenção mínima (art. 11.º). O princípio da não-discriminação e da proibição da tortura são valores fundamentais do ordenamento jurídico da RAEM plasmados, respectivamente, nos art.s 25.º e 28.º da Lei Básica.

nacional que justificam um maior ou especial grau de protecção, como é caso da extradição. E é precisamente nestas duas modalidades de cooperação - *assistência judiciária recíproca em matéria penal e extradição* - que residem o princípio da dupla-punibilidade e o princípio da dupla-incriminação na LCJMP, foco da análise do presente artigo.

II. O Princípio da dupla-punibilidade *vis-à-vis* o princípio da dupla-incriminação

O princípio da dupla-punibilidade está consagrado no art. 6.º da LCJMP e é um princípio geral a todas as formas de cooperação da LCJMP. Reza o artigo:

Artigo 6.º

Dupla punibilidade

1. A infracção que motiva o pedido de cooperação deve ser punível com uma reacção criminal pela legislação da parte requerente e pela legislação da parte requerida.

2. A não punibilidade do facto na RAEM não obsta à satisfação de um pedido de cooperação se este se destinar à prova de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa da pessoa contra quem o procedimento penal foi instaurado.

A *ratio* deste artigo é permitir a cooperação com a maior amplitude possível, sendo apenas exigível que o facto que fundamenta o pedido seja, em ambas as jurisdições, objecto de uma reacção criminal, *isto é*, que o facto praticado esteja sob a tutela jurídico-penal das Partes.

Entende-se por “*reacção criminal qualquer pena ou medida de segurança privativa de liberdade, sanção patrimonial ou outra sanção não detentiva, incluindo sanções acessórias*” (art. 3.º, al. 4), da LCJMP). Não se exige a correspondência da qualificação jurídico-penal da conduta ilícita nas duas jurisdições, *isto é*, que o facto ilícito praticado seja tipificado como crime em ambas as Partes; requer-se tão-somente que o facto praticado seja alvo de *uma sanção de natureza penal*.

Este princípio geral aplica-se à assistência judiciária recíproca em matéria penal (Título VI - “Outras formas de cooperação em matéria penal”).¹⁸ Um pedido de assistência judiciária tem por finalidade o auxílio mútuo entre Estados ou Territórios na investigação e na acção judicial penal, sendo especialmente relevante na recolha de provas e nos actos referentes à apreensão de objectos, instrumentos e produtos do crime, cuja competência seja das autoridades judiciárias da Parte Requerente, no momento em que o pedido de auxílio é solicitado.¹⁹

As Partes comprometem-se, em regime de reciprocidade, a cooperar entre si no interesse da realização e administração da justiça penal e da reinserção social do agente, tal como alude a Nota Justificativa da LCJM: “(...) *formas de cooperação internacional diversificadas, que permitam a efectiva aplicação da lei penal para combater a prática de crimes e o cumprimento dos fins ressocializantes das penas e das medidas de segurança*”.²⁰

Como referido *supra*, nos termos da LCJMP, não é necessário que a conduta pela qual o pedido de assistência judiciária é efectuado seja qualificada como crime na RAEM e na Parte Requerente; basta que seja objecto de uma reacção criminal - um mesmo facto pode ser qualificado como crime numa Parte e noutra

¹⁸ Cfr. art.s 131.º a 146.º da LCJMP. A assistência é facultada em conformidade com a lei da RAEM. Contudo a “pedido da Parte requerente, a colaboração poder ser prestada em conformidade com a legislação dessa Parte, desde que não contrarie os princípios fundamentais do direito da RAEM e não cause graves prejuízos aos intervenientes no processo” (art. 132.º, n.º 2).

¹⁹ Um pedido de assistência judiciária, nos termos da LCJMP, pode compreender *inter alia*: i) a notificação de actos e entrega de documentos; ii) a obtenção de provas; iii) as revistas, buscas, apreensões, exames e perícias; iv) a notificação de suspeitos, arguidos, testemunhas ou peritos e a audição dos mesmos; v) o trânsito de pessoas; vi) a prestação de informações relativas aos antecedentes penais de suspeitos, arguidos e condenados; e vii) a prestação de informações relativas ao direito da RAEM e de outro Estado ou Território. Os pedidos são efectuados através de carta rogatória (art. 214.º e *ss* do Código de Processo Penal).

²⁰ N/nota 16.

como contravenção²¹ ou contra-ordenação.²² Nestas circunstâncias, estamos perante um *desvalor objectivo do facto que se extingue mas não o desvalor da acção (da ilicitude)*.

Este princípio tem ainda em conta, segundo o legislador da RAEM, as jurisdições em que, “*existindo concordância quanto à censurabilidade de certas condutas, a reacção dos ordenamentos jurídicos assumem natureza diferente, isto é, ser [a conduta] considerada crime numa jurisdição e na outra ter natureza de mera infracção administrativa, sendo caso paradigmático as infracções de natureza económica*”, permitindo igualmente que sejam prestadas, com as necessárias adaptações, algumas “*formas residuais de cooperação previstas no Título VI, em particular as respeitantes à recolha e troca de informações*”.²³ Este mecanismo de assistência judiciária reitera o princípio do respeito e da confiança

²¹ Define o art. 123.º do Código Penal de Macau que “Constitui contravenção o facto ilícito que unicamente consiste na violação ou na falta de observância de disposições preventivas de leis ou regulamentos.” (regime que consta dos art.s 123.º a 127.º). Como refere CAVALEIRO DE FERREIRA, “o critério diferencial entre crimes e contravenções aponta para a natureza preventiva das contravenções. Os crimes quanto ao objecto jurídico podem exigir a lesão do interesse penalmente tutelado. Os crimes, quanto ao perigo real dessa lesão. Nas contravenções a norma incriminadora atende ao mero perigo abstracto, ou seja, à possibilidade de a actividade empreendida ou omitida ser causa de perigos eventuais e porventura indeterminados quanto a bens jurídicos de diversa natureza, públicos ou privados.” in *Lições de Direito Penal*, Parte Geral I, Verbo Editora, 1993, pág. 126.

²² Constitui uma contra-ordenação “todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima. (...) A inclusão da análise do ilícito de mera ordenação social no contexto das matérias criminais justifica-se porque se trata igualmente de direito sancionatório público que tem origem histórica relacionada com uma espécie de depuração do direito penal decorrente do princípio de intervenção mínima.” ANA PRATA, CATARINA VEIGA e JOSÉ MANUEL VILALONGA, *Dicionário Jurídico – Direito Penal e Direito Processual Penal*, Vol. II, Almedina, 2007, pág. 104.

²³ Conjugam com o art. 148.º da LCJMP (“Cooperação respeitante a infracções administrativas”) que dispõe que se aplica o disposto no Título I, nos Capítulos I a III do Título IV, com as necessárias adaptações, à cooperação, mormente, da execução de sentenças transitadas em julgado que apliquem sanções patrimoniais resultantes da prática de infracções administrativas. *Vide* Parecer 2/III/2006, n/nota 10, pág. 20.

mútua entre jurisdições, cujo interesse comum é a administração e a realização da justiça e a prevenção/redução de ‘*safe heavens*’.²⁴

Diferentemente, o princípio da dupla-incriminação consagrado no instituto da “Entrega de infractor em fuga” (Título II)²⁵ exige que o facto pelo qual a pessoa é reclamada seja *simultaneamente crime na RAEM e na Parte Requerente que solicita a entrega do infractor*, sendo, nestes termos, uma excepção ao princípio (geral) da dupla-punibilidade.

Reza o art. 32.º da LCJMP, o seguinte:

Artigo 32.º

Fim e fundamento

1. *A entrega de infractor em fuga pode ter lugar para efeitos de procedimento penal ou para cumprimento de pena ou medida de segurança privativas da liberdade por crime cujo julgamento seja da competência dos tribunais da parte requerente.*

2. *Para qualquer dos efeitos referidos no número anterior, só é admissível a entrega da pessoa reclamada no caso de crime, ainda que na forma tentada, punível pela lei da RAEM e pela lei da parte requerente com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a um ano.*

Esta excepção justifica-se, atento o facto de estarmos perante um instituto análogo ao da extradição.²⁶ A extradição é o “*mais antigo e tradicional instrumento de cooperação internacional*”.²⁷ O primeiro tratado ou acordo de extradição data por volta de 1291 a.C. quando Ramsés II do Egipto e o Rei dos

²⁴ CHERIF BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers Inc, Ardsley, Nova Iorque, 2003, págs. 124-133.

²⁵ O regime está previsto nos arts. 32.º a 74.º da LCJMP.

²⁶ Dada a autonomia jurídica e judiciária da RAEM (ex: art.s 2.º, 8.º e 19.º da Lei Básica), houve que a dotar de um instrumento moldado às especificidades jurídico-políticas da Região e que lhe permitisse cooperar na esfera judiciária com outras jurisdições. Este instituto similar ao da extradição permite oferecer e solicitar cooperação a outros Estados ou Regiões em termos análogos aos da extradição. *Vide* n/nota 5.

²⁷ Para uma breve evolução histórica *vide* JOSÉ MANUEL DA CRUZ BUCHO e outros, n/nota 14 pág. 16.

Hititas, Hattuschili de Chetta, celebraram o Tratado de Paz de Kadesch que incluía uma cláusula sobre a devolução dos desertores.²⁸

Este modo de cooperação é o mais sensível e complexo de todos os instrumentos de cooperação judiciária em virtude de integrar concomitantemente uma vertente política - ao tanger com o exercício de soberania de um Estado, *isto é*, com o exercício da sua tutela jurídico-penal e uma vertente técnica – a da conformidade do pedido com o Direito interno (ao nível substantivo e adjectivo) da Parte Requerida.²⁹

Um pedido de extradição visa a entrega de um infractor para efeitos de prossecução de uma acção judicial penal ou o cumprimento de uma medida de segurança privativa da liberdade ou o cumprimento de uma sentença na Parte que reclama a entrega. Contudo, um pedido desta natureza levanta obstáculos de diversa ordem e de suma relevância, quer no âmbito da extradição passiva, quer no da activa,³⁰ porquanto interfere no exercício de soberania do Estado, quer no âmbito pessoal - princípio da nacionalidade, se a pessoa reclamada for seu cidadão nacional, quer no âmbito territorial - princípio da territorialidade, quando o facto tiver sido praticado (*locus delicti*) por um não-nacional e o Estado da nacionalidade reclama a pessoa.³¹

Por outro lado, a recusa de entrega da pessoa reclamada (por questões de interesse nacional) impede que a Parte Requerente, com autoridade de jurisdição criminal, prossiga a sua função jurisdicional. Tal circunstância, acarreta, em

²⁸ Vide TREVOR BRYCE, “The ‘Eternal Treaty’ from the Hitite Perspective” (2006), disponível em: <https://britishmuseum.org/pdf/6a%20The%20Eternal%20Treaty.pdf> ou <http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/ramses-hattusili-treaty.htm>.

²⁹ Como refere M. CHERIF BASSIOUNI entende-se por jurisdição a capacidade jurídica de um Estado para definir e aplicar a lei penal no seu território (*rule-making capacity* e *rule-enforcing capacity*) in *International Extradition: United States Law and Practice*, 4ª Edição, OCEANA publications Inc. Dobbs Ferry, New York, 2002, págs. 64-65.

³⁰ *Ibid.*

³¹ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Penal Internacional – Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Almedina, 2008, pág. 344 e ss ou ARTUR DE BRITO DE GUEIROS SOUZA, *As novas tendências do Direito Extradicional*, 2ª Edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2013, JÚLIO PEREIRA, “Conflitos de Jurisdição Penal”, *ob.cit.* nota 14, “Cooperação...”, págs. 133-149

contrapartida, junto da Parte Requerida a obrigação de julgar o indivíduo pelo crime praticado, a fim de evitar favorecer a impunidade do infractor (*ius puniendi*);³² por outras palavras, obriga ao cumprimento de outro princípio fundamental da extradição, o princípio *aut dedere aut iudicare*.³³

Atenta a finalidade da extradição e os interesses em causa é congruente que um dos requisitos básicos e fundamentais a exigir seja a dupla-incriminação, isto é, que o facto praticado seja qualificado como crime em ambas as Partes.

Este postulado corolário do instituto da extradição – a exigência do princípio da dupla-incriminação (e a sua conexão com a exigência de uma certa gravidade do crime praticado),³⁴ para que a extradição seja admitida encontra consagração expressa no art. 32.º da LCJMP, no instituto da entrega de infractor em fuga.³⁵

Do exposto, é notório que não se trata de mera diferença terminológica, mas de diferença conceptual,³⁶ sendo claro e distinto o conteúdo e o alcance do art. 6.º *vis-à-vis* o art. 32.º da LCJMP.

³² Este princípio está consagrado no art. 33º, n.º 2, da LCJMP.

³³ Sobre a extradição e o dever de *aut dedere aut iudicare*, *vide*, entre outros, COLLEEN ENACHE-GROWN and ARID FRIED, “Universal crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedere Aut Iudicare in International Law”, *McGill Law Journal*, 1998, págs. 614-633, EDWARD M. WISE, “Aut dedere aut iudicare: The duty to prosecute or extradite”, M. Cherif Bassiouni (Ed.), *International Criminal Law (Procedural and Enforcement Mechanisms)*, 2ª Edição, 1999, pág. 15, CHERIF BASSIOUNI, *International Extradition*, Chapter V, OCEANA, 2002, “The obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut iudicare*)”, *Final Report of the International Law Commission*, United Nations, 2014, disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf.

³⁴ Normalmente associada à moldura penal do crime: mais de um ano de pena privativa de liberdade.

³⁵ Se a entrega de infractor em fuga tiver por fundamento vários factos distintos, cada um deles punível pela lei da parte requerente e pela lei da RAEM com uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade mas algum ou alguns deles não preencherem a condição referida no número anterior, pode também conceder-se a entrega de infractor em fuga (art. 32.º, n.º 3, da LCJMP).

³⁶ De uma leitura breve aos mais recentes acordos bilaterais celebrados pela RAEM podemos verificar que embora esta diferença seja clara, *vide* respectivamente art. 3.º, n.º 2, e art. 2.º, n.º 1, do Acordo sobre a Entrega de Infractores em Fuga com Portugal e com a Coreia do Sul,

III. Uma opção de política-legislativa criminal *avant-guarde*

A actual dinâmica do direito internacional penal em matéria de cooperação propende para uma maior agilização processual e uma maior flexibilidade relativamente aos fundamentos de recusa da cooperação, o que significa menos restrições aos pedidos de cooperação judiciária, principalmente no que atine à recolha dos elementos de prova.

Esta tendência é lógica e inevitável, considerando as novas formas de criminalidade (ex: criminalidade informática) e o aumento de crimes de dimensão transnacional e de elevada complexidade (ex. crime organizado, tráfico de pessoas, corrupção, branqueamento de capitais e terrorismo)³⁷ moldados às novas realidades tecnológicas e à sociedade da informação do mundo global. Esta realidade incontornável cria (novos) desafios aos Estados, em particular no que

relativamente ao princípio da dupla-incriminação. Tal já não é tão óbvio quanto ao princípio da dupla-punibilidade, *vide* respectivamente art. 3.º, al. f), e o art. 3.º, al. f), do Acordo sobre Auxílio Judiciário Recíproco Mútuo em Matéria Penal com a Mongólia e com a Coreia do Sul ao permitir que o princípio da dupla-incriminação *possa* ser invocado como fundamento de recusa para a cooperação. Contudo, enquanto que no primeiro caso o princípio da dupla-incriminação é um requisito taxativo, no segundo caso é meramente facultativo. Caberá à Parte Requerida precisar se é (ou não) determinante o preenchimento do requisito da dupla-incriminação. Uma explicação provável para esta alínea f) nestes acordos poderá decorrer da mesa de negociações, em que tanto a Mongólia como a Coreia do Sul consideraram fundamental a exigência da dupla incriminação para a assistência judiciária recíproca. Haverá que aguardar para mais acordos desta modalidade de cooperação judiciária para se poder atestar de forma mais evidente o princípio da não-punibilidade. Mesmo assim, prestar atenção ao art. 1.º, n.º 6, do Acordo sobre Auxílio Judiciário Recíproco Mútuo em Matéria Penal com a Coreia do Sul que permite a cooperação em matéria fiscal. *Vide* acordos em: <https://www.io.gov.mo/pt/legis/int/rec/2276>.

³⁷ CHERIF BASSIOUNI fala num sistema indirecto de execução e cumprimento da lei penal destinado a assegurar o cumprimento e administração da justiça penal. Estas modalidades de cooperação em matéria penal permitem que o infractor não escape à punição, servem de medida preventiva e produzem um efeito pedagógico ao evitar abusos ou fugas para jurisdições mais favoráveis como meio de escapar à justiça (*safe havens*), *ob.cit.* nota 24, págs. 124-133. Para além deste autor. *Vide*, entre outros, ROBERT J. CURRIE, *Intenational & Transational Criminal Law*, Irwin Law Inc. 2010 ou NEIL BOISTER, *An Introduction to Transational Crimes*, Oxford University Press, 2012, sobre as categorias de crimes internacionais e transnacionais.

concerne à administração da justiça penal, por contornar as formas tradicionais do crime (intra-fronteiras).³⁸

As actuais convenções internacionais em matéria penal – a Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo),³⁹ a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho de Europa (Convenção de Budapeste)⁴⁰ ou a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida)⁴¹ - traduzem precisamente esta preocupação/consciência, realçando a necessidade de se facilitar e promover a cooperação penal à escala internacional o mais amplamente possível a fim de reduzir e suprir os crimes de natureza internacional e transnacional. Neste sentido, estas convenções tendem a restringir a aplicação do princípio da dupla-incriminação, circunscrevendo-o ao instituto da extradição.⁴²

³⁸ JOSÉ CARAPINHA, “Processo Penal e Criminalidade Violenta ou Altamente Organizada”, in *Estudos Comemorativos XX Anos – Código Penal e Código Processo Penal de Macau*, Pedro Pereira de Sena e Jose Miguel Figueiredo (Coordenação Científica), Fundação Rui Cunha, 2016, pág. 878-879.

³⁹ Disponível em: <http://www.io.gov.mo/pt/legis/int/rec/189>.

⁴⁰ Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-sobre-o/downloadFile/attachedFile_f0/STE_185.pdf?nocache=1200659879.8.

⁴¹ Disponível em: <http://www.io.gov.mo/pt/legis/int/rec/609>.

⁴² KIMBERLEY PROUST faz referência ao debate sobre o princípio da dupla incriminação como fundamento de recusa no âmbito da assistência judiciária recíproca argumentando que este modo de cooperação não causa um impacto directo na liberdade do indivíduo e no exercício efectivo da jurisdição da Parte Requerida podendo em contrapartida a sua exigência prejudicar a investigação criminal na Parte Requerente. Nalguns casos mantém-se apenas para as técnicas de investigação mais evasivas como a busca ou a apreensão (*vide* art. 5º da Convenção Inter-Americana para a assistência judiciária recíproca em matéria penal). In “International Cooperation in combating serious crimes: The Role of Mutual Legal Assistance in Criminal Matters”, Apresentação no Curso *International Cooperation in Penal Matters*, ISISC, Sicarusa, 17-19 de Maio de 2004, págs. 8-10

Demonstrativo do exposto, são os art.s 16.º e 18.º da Convenção de Palermo:

Artigo 16.º

Extradução

1. O presente artigo aplica-se às infracções abrangidas pela presente Convenção ou nos casos em que um grupo criminoso organizado esteja envolvido numa infracção enunciada nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 3.º e em que a pessoa que é objecto do pedido de extradição se encontre no território do Estado Parte requerido, desde que a infracção pela qual é pedida a extradição seja punível pelo direito interno do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido.(...)” (negrito nosso)

Artigo 18.º

Assistência judiciária recíproca

*1. Os Estados Partes prestar-se-ão reciprocamente a **mais ampla assistência judiciária possível** quanto a investigações, processos e acções judiciais relativos às infracções abrangidas pela presente Convenção, nos termos do artigo 3.º.[...]*

*9. Os **Estados Partes podem recusar** dar seguimento a um pedido de assistência judiciária recíproca previsto no presente artigo invocando a ausência de dupla criminalização. **No entanto, o Estado Parte requerido poderá, se o considerar adequado, prestar tal assistência, na medida em que discricionariamente o decidir, independentemente de o acto constituir ou não uma infracção penal no direito interno do Estado Parte requerido.** (negrito nosso)*

Ou os art.s 24.º e 25.º da Convenção de Budapeste:

Artigo 24º

Extradução

*1.a) O presente artigo é aplicável à extradição entre as Partes relativamente às **infracções penais previstas nos artigos 2º a 11º da presente Convenção, desde que sejam puníveis, nos termos da legislação das duas Partes interessadas, com pena privativa de liberdade por um período máximo de, pelo menos, um ano ou com uma pena mais grave; [...]**(negrito nosso)*

Artigo 25º

Princípios gerais relativos ao auxílio mútuo

*1. As Partes **concederão entre si o auxílio mútuo mais amplo possível** para efeitos de investigações ou de procedimentos relativamente a infracções penais relacionadas com sistemas e dados informáticos , ou para efeitos de recolha de provas sob a forma electrónica relativamente a uma infracção penal. [...]*

5. *Sempre que, em conformidade com o disposto no presente Capítulo, a Parte requerida estiver autorizada a subordinar o auxílio mútuo à existência de dupla incriminação [...]. (negrito nosso)*

Ou os art.s 44.º e 46.º da Convenção de Mérida:

Artigo 44.º

Extradição:

1. *O presente artigo deverá aplicar-se às infracções estabelecidas em conformidade com a presente Convenção no caso em que a pessoa que é objecto do pedido de extradição se encontre no Estado Parte requerido, sempre que a infracção pela qual é pedida a extradição seja punível pelo direito interno do Estado Parte requerente e pelo do Estado Parte requerido. [...] (negrito nosso)*

Artigo 46.º

Assistência judiciária recíproca

Os Estados Partes conceder-se-ão reciprocamente a mais ampla assistência judiciária possível quanto a investigações, procedimentos e processos judiciais relativos às infracções estabelecidas em conformidade com a presente Convenção. [...]

9. ...

a) *O Estado Parte requerido, ao responder a um pedido de assistência nos termos do presente artigo, na ausência de dupla incriminação, deverá tomar em consideração a finalidade da presente Convenção, tal como enunciada no artigo 1.º;*

b) *Os Estados Partes podem recusar a prestação de assistência nos termos do presente artigo com fundamento na ausência de dupla incriminação (...);*

c) *Na ausência de dupla incriminação, cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade de adoptar as medidas necessárias que lhe permitam prestar a mais ampla assistência nos termos do presente artigo. (negrito nosso)*

Em suma e em jeito de conclusão:

- A cooperação judiciária em matéria penal tem por objectivo *primo e ultimo* a justiça penal, a prevenção, a supressão e a punição da criminalidade;
- A aplicação eficaz da lei penal pressupõe o cumprimento das garantias mínimas processuais dos arguidos e a promoção da reinserção social do delincente;
- O princípio da dupla-punibilidade é um princípio geral da LCJMP;

- O princípio da dupla-incriminação é uma exceção ao princípio da dupla-punibilidade porquanto está adstrito à entrega de infractores em fuga;
- Esta diferença não é meramente terminológica mas conceptual, pois se trata de dois conceitos com finalidades distintas.

Ciente das diferenças entre as famílias de Direito e os respectivos sistemas jurídico-penais e da necessidade de ajustar os princípios/regras da cooperação judiciária em matéria penal ao contexto da sociedade contemporânea e das actuais características das tipologias criminais no mundo global, o legislador da RAEM inovou (em 2006) ao adoptar um princípio mais amplo para efeitos de assistência judiciária recíproca que reduz o número de restrições legais à cooperação judiciária com vista a promover inter-Partes a justiça penal e evitar a impunidade dos criminosos.

Esta solução de política-legislativa criminal é pois *avant garde*, estando em linha com a tendência universal de facilitar a cooperação da forma mais ampla e flexível possível e em sintonia com as principais convenções nesta matéria, constituindo por último, a dupla-punibilidade um elemento singular e distintivo do ordenamento jurídico-penal da RAEM.