



Coimbra Editora

Pedro Caeiro

FUNDAMENTO, CONTEÚDO E LIMITES DA JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO

Pedro Caeiro

DA JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO

1 AO CLIENTE
211 207 070 tel
211 207 071 fax
s@coimbraeditora.wkp.pt
3 da Paula, 10
NADO,ol - 3040-574 Coimbra
10 www.coimbraeditora.pt



14

MITES

Wolters Kluwer

Portugal

Coimbra Editora



PEDRO CAEIRO

FUNDAMENTO, CONTEÚDO E LIMITES DA JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO

O CASO PORTUGUÊS

Título: Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal
do Estado

Autor: Pedro Caeiro

1.ª Edição: Novembro 2010

Editor: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora

Edifício Coimbra Editora

Ladeira da Paula, n.º 10

Antanhol — 3040-574 Coimbra

www.wkp.pt

www.coimbraeditora.pt

editorial@matl.coimbraeditora.pt

*Reservados todos os direitos por Wolters Kluwer Portugal | Coimbra Editora.
Nem a totalidade nem parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida
por nenhum meio electrónico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação
magnética ou qualquer armazenamento de informação e sistema de
recuperação sem autorização por escrito da Wolters Kluwer Portugal.*

ISBN 978-972-32-1879-4

Depósito Legal n.º 317 597/2010

Execução gráfica: Coimbra Editora, S.A.



Wolters Kluwer
Portugal



Coimbra Editora

para a Micha,
que, entretanto,
me foi tomando conta
das outras palavras

à memória de meu Pai
a minha Mãe

For us, there is only the trying. The rest is not our business.
T. S. Eliot

NOTA BREVE E AGRADECIMENTOS

Este livro corresponde, com alterações de pormenor e algumas actualizações, à dissertação de doutoramento submetida à apreciação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Agosto de 2007 e examinada em provas públicas, no dia 29 de Setembro de 2008, por um júri presidido pelo Senhor Prof. Doutor António José Avelãs Nunes e integrado pelos Senhores Profs. Doutores André Klip (arguente), Américo Alexandrino Taipa de Carvalho, Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho, Manuel da Costa Andrade, Rui Manuel Gens de Moura Ramos, José Francisco de Faria Costa (arguente), Anabela Maria Pinto Miranda Rodrigues e Maria João da Silva Baila Madeira Antunes.

Num curto espaço de tempo, o quadro normativo que havia servido de horizonte à dissertação sofreu duas alterações de relevo.

Por um lado, o Tratado de Lisboa, assinado nos finais de 2007, promove à unificação dos “pilares” da construção europeia, terminando com a estrutura dual Comunidades Europeias / União Europeia em que esta investigação expressamente se baseia. Todavia, a circunstância de o Tratado não ter ainda entrado em vigor e a incerteza que paira sobre o seu destino, aliados à intenção de modificar o menos possível a versão submetida a provas, desaconselharam uma refundição, nessa parte, do texto original. Assim, acrescentou-se uma brevíssima adenda sobre as novidades que o Tratado de Lisboa pode vir a introduzir em aspectos directamente relacionados com o objecto da dissertação.

Por outro lado, a Lei 59/2007, de 4 de Setembro, mudou os arts. 5.º e 6.º do Código Penal (instituinto novas regras de aplicabilidade da lei portuguesa e alterando outras já existentes), bem como certas normas da Parte Especial convocadas ao longo do trabalho. Aqui, afigurou-se curial levar em conta tais modificações, adaptando as referências legais à nova numeração e introduzindo no texto original algumas reflexões sobre os

novos conteúdos normativos, sem todavia proceder ao exame pormenorizado de todos eles. Por vezes, pareceu útil manter o raciocínio desenvolvido com base no direito anterior, sinalizando-se, nesse caso, as alterações entretanto ocorridas.

Os elementos de jurisprudência e de doutrina publicados após Agosto de 2007 só pontualmente puderam ser tidos em consideração.

Esta investigação beneficiou do contributo desinteressado e amigo de muitos Colegas, da minha e de outras Universidades, ao longo de quase uma década. Nomear seria aqui, necessariamente, omitir: a todos agradeço, penhorado. Ainda assim, seja-me permitido expressar o meu particular reconhecimento aos Professores e Assistentes da Secção de Direito Penal da Faculdade de Direito de Coimbra (aos que estão e aos que, não estando já, permanecem de outros modos), pelo muito que com eles, de formas várias, vou aprendendo.

Agradeço à Fundação Rangel de Sampaio o ter subsidiado uma viagem ao *Institute of Advanced Legal Studies* (Londres), onde pude recolher parte dos elementos bibliográficos necessários.

Agradeço também ao Senhor Prof. Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos a bolsa de investigação que me proporcionou enquanto desempenhava as funções de Juiz do Tribunal de Primeira Instância (Luxemburgo).

Por último, e em primeiro lugar, uma palavra de sentida gratidão para o meu orientador, Senhor Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Por tudo.

Coimbra, 29 de Setembro de 2009

SIGLAS E ABREVIATURAS

AcRL	—	Acórdão da Relação de Lisboa
AcTJ	—	Acórdão do Tribunal de Justiça
AJIL	—	<i>American Journal of International Law</i>
ALC	—	André Klip / Göran Sluiter (eds.), <i>Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals</i>
AmIndLR	—	<i>American Indian Law Review</i>
AmULR	—	<i>American University Law Review</i>
AR	—	Assembleia da República
ArizLR	—	<i>Arizona Law Review</i>
BFDUC	—	<i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>
BMJ	—	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
BYBIL	—	<i>British Yearbook of International Law</i>
CalLR	—	<i>California Law Review</i>
Cassese / Gaeta / Jones	—	Antonio Cassese / Paola Gaeta / John R. W. D. Jones (eds.), <i>The Rome Statute of The International Criminal Court: a Commentary</i> . Vols. I e II, Oxford University Press: 2002
CCCCP	—	<i>Comentário Conimbripense do Código Penal</i> (dir. Jorge de Figueiredo Dias)
CEDH	—	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CJA	—	<i>Cadernos de Justiça Administrativa</i>
CJM	—	Código de Justiça Militar
CLF	—	<i>Criminal Law Forum</i>
ColumbLR	—	<i>Columbia Law Review</i>
ColumJEurL	—	<i>Columbia Journal of European Law</i>
CP	—	Código Penal
CPC	—	Código de Processo Civil
CPP	—	Código de Processo Penal
CRP	—	Constituição da República Portuguesa
DC	—	<i>Direito e Cidadania</i>
DJ	—	<i>Direito e Justiça</i>
EJCCLCJ	—	<i>European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice</i>
EJIL	—	<i>European Journal of International Law</i>
ELJ	—	<i>European Law Journal</i>
ETMN	—	Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberga

- ETPI — Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma)
- ETPIAJ — Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia
- ETPIR — Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda
- GeorgLJ — *Georgetown Law Journal*
- GLJ — *German Law Journal*
- HLR — *Harvard Law Review*
- ICLQ — *International and Comparative Law Quarterly*
- ICLR — *International Criminal Law Review*
- ICRA — *Indian Civil Rights Act*
- JC — *Jurisprudência Constitucional*
- JICJ — *Journal of International Criminal Justice*
- JO — *Jornal Oficial*
- JuFal — *Jura Falconis*
- L&ContProbl — *Law & Contemporary Problems*
- LCJMP — *Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal* (L. 144/91, de 31-08)
- LJIL — *Leiden Journal of International Law*
- LLP — *Livro das Leis e Posturas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: 1971*
- LRevCP1998 — *Lei de Revisão do Código Penal de 1998* (L. 65/98, de 2-09)
- LRevCP2007 — *Lei de Revisão do Código Penal de 2007* (L. 59/2007, de 4-09)
- MJECL — *Maastricht Journal of European and Comparative Law*
- MULR — *Melbourne University Law Review*
- NEngLR — *New England Law Review*
- NJW — *Neue Juristische Wochenschrift*
- NMexLR — *New Mexico Law Review*
- NSIZ — *Neue Zeitschrift für Strafrecht*
- OA — *Ordenações do Senhor Rey D. Afonso V, Real Imprensa da Universidade: 1792* (Ordenações Afonsinas)
- ODD — *Ordenações de D. Duarte*
- OF — *Código Filippino ou Ordenações do Reino de Portugal, Tipografia do Instituto Filomático: 1870* (Ordenações Filipinas)
- OM — *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel, Real Imprensa da Universidade: 1797* (Ordenações Manuelinas)
- PE — *Parlamento Europeu*
- proc. — *processo*
- RBCC — *Revista Brasileira de Ciências Criminais*
- RDC — *Revista Direito e Cidadania*
- RDvPenCrim — *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*
- RECPC — *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*
- RFDUL — *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

- RHI — *Revista de História das Ideias*
- RIDP — *Revue Internationale de Droit Pénal*
- RIDPP — *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*
- RJAADFLL — *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*
- RLJ — *Revista de Legislação e Jurisprudência*
- RMP — *Revista do Ministério Público*
- RP — *Revista Penal*
- RPCC — *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*
- RPH — *Revista Portuguesa de História*
- RSCDPComp — *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*
- S/S/... — *Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26.ª ed., C. H. Beck: 2001*
- SIULJ — *Southern Illinois University Law Journal*
- TCE — *Tratado da Comunidade Europeia*
- TCEEA — *Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atómica*
- TEDH — *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*
- TIJ — *Tribunal Internacional de Justiça*
- TJ — *Tribunal de Justiça*
- TMN — *Tribunal Militar de Nuremberga*
- TPI — *Tribunal Penal Internacional*
- TPIAJ — *Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia*
- TPIR — *Tribunal Penal Internacional para o Ruanda*
- TUE — *Tratado da União Europeia*
- TUE(A) — *Tratado da União Europeia (na versão do Tratado de Amesterdão)*
- TUE(M) — *Tratado da União Europeia (na versão do Tratado de Maastricht)*
- UCalDLR — *University of California Davis Law Review*
- UKanLR — *University of Kansas Law Review*
- UNMIK — *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*
- UNTAET — *United Nations Transitional Administration in East Timor*
- UpennConstL — *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*
- Utlr — *Utrecht Law Review*
- ZIS — *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*
- ZSW — *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*

INTRODUÇÃO

"Il diritto penale internazionale è un campo dove domina il superlativo. Per la concorrenza del diritto statuale, del diritto internazionale e del diritto comunitario europeo da una parte, del diritto sostanziale, del diritto processuale e dell'ordinamento giurisdizionale dall'altra parte, esso raggiunge il più alto grado di complessità tecnica"

Hans-Heinrich Jescheck, 1971

I. Delimitação do problema, circunstância pragmática e razão de ordem

1. O presente trabalho tem por objectivo caracterizar o fundamento, o conteúdo e os limites da jurisdição penal do Estado, sc., dos poderes de decidir sobre a natureza criminal de uma conduta, de promulgar as normas substantivas adequadas e as que lhes definem o âmbito de eficácia, e de verificar a violação concreta de normas penais para efeitos de aplicação das reacções aí previstas, no confronto com outros ordenamentos jurídicos, estatais e não-estatais ⁽¹⁾.

Desta proposição decorrem já duas ideias fundamentais.

A primeira é a de que o conteúdo e os limites *intra-estatais* do poder punitivo — nomeadamente, o modo como ele é desenhado pela Constituição — só nos interessarão no contexto da interacção do Estado com os outros actores da cena internacional, aí se incluindo certos entes regionais (a Comunidade Europeia e a União Europeia).

⁽¹⁾ Sobre o conceito de "jurisdição penal", vd. *infra*, II, 4.

A segunda ideia é a de que no nosso problema se conjugam uma dimensão *normativa* e *estática* — a *norma* enquanto instrumento que define os deveres penais e os seus destinatários e que organiza as competências das autoridades judiciárias — e outra *institucional* e *dinâmica* — o Estado enquanto *agente* da jurisdição, actuando-a através de decisões legislativas e judiciais. Esta dupla dimensão do problema carece já de algumas explicitações.

1.1. Tradicionalmente, as questões que nos propomos investigar são agrupadas e tratadas sob o mesmo nome — a chamada “aplicação da lei penal no espaço”. Para além da crítica que oportunamente faremos a essa designação ⁽²⁾, cremos que é necessário distinguir o âmbito de aplicabilidade das normas (*sc.*, o conjunto de factos que, em virtude de certas conexões, se encontram sob o domínio de certo sistema normativo) da esfera de jurisdição dos tribunais (*sc.*, o conjunto de factos que podem ser objecto de conhecimento por parte de certo sistema judicial).

Com efeito, a realização integral da norma penal (a efectiva aplicação da reacção penal ao agente da conduta proibida ⁽³⁾) depende de alguns requisitos prévios à investigação do preenchimento da respectiva hipótese ⁽⁴⁾. Por um lado, as normas têm uma esfera de eficácia delimitada

⁽²⁾ *Infra*, II, 3.1.

⁽³⁾ Quem parta, como nós, de uma visão geral-preventiva da lei penal (cf., por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral, Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2004, p. 75 e ss.), pode certamente afirmar que a norma penal (também) cumpre o seu fim logo que previne a prática de crimes através da simples determinação de comportamentos; porém, não restarão dúvidas de que, as mais das vezes, dadas as características específicas do ordenamento jurídico-penal (em especial, a sua essencial radicação axiológica e a sua natureza de tutela subsidiária), essa mesma função é desempenhada, em concomitância, por outras normas (jurídicas e não-jurídicas), tornando-se difícil ver ali o *proprium* da norma penal. O que não implica, naturalmente, a negação da autonomia do ilícito criminal: o dever imposto pela norma penal não pode ser desligado de uma prévia valoração pelo legislador (JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, 1992, p. 409, n. 105), ao adscrever à sua violação consequências especificamente penais, nem da sua aplicação efectiva, que actualiza aquela valoração. Deste modo, a norma de comportamento e a norma de sanção integram “dois subsistemas de referência mútua e de complementação obrigatória” (J. FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, p. 628), que formam uma unidade material funcional, sendo lícito ver na aplicação efectiva das sanções a realização integral da norma penal.

⁽⁴⁾ Embora possa ser necessária uma investigação perfunctória desse preenchimento para a identificação da hipotética norma a aplicar; aliás, a anterioridade da regra de apli-

por outras normas (*normas sobre normas*, ou *normas de segundo grau*), a que usualmente se dá o nome de âmbito de aplicação espacial e temporal. Por outro lado, as normas penais caracterizam-se pelo facto de cominarem sanções cuja aplicação requer sempre um modo específico (o processo penal), entregue a actores especiais (os tribunais). Deste jeito, a realização efectiva da estatuição depende também das condições que definem a jurisdição dos tribunais em matéria penal.

Assim, um dos objectivos principais do nosso estudo é mostrar que as condições de aplicação judicial de uma norma penal substantiva a um facto concreto (para além, naturalmente, do necessário preenchimento da sua hipótese) se agrupam nesses dois núcleos diversos: *a estrutura do âmbito de aplicabilidade da norma penal* ⁽⁵⁾ e *os pressupostos da jurisdição sancionatória de dado sistema judiciário*.

1.2. O corte de análise referido no ponto anterior, normativo e estático, necessita de ser complementado por um outro, institucional e dinâmico, que nos permita compreender o *modo* como o Estado define tais condições, que usualmente se remete para o exercício da soberania, sobretudo quando se trata da jurisdição prescriptiva ⁽⁶⁾.

Ora, o paradigma tradicional da legitimidade do poder punitivo e dos seus critérios ⁽⁷⁾, assente no trinómio moderno “Estado soberano-territó-

cabilidade em relação à norma material não deve entender-se num plano lógico, mas apenas num plano pragmático e processual: vd. *infra*, Parte II, 1.º Capítulo, § 1, IV.

⁽⁵⁾ Em rigor, o âmbito de aplicabilidade da lei é composto pelo conjunto dos factos por ela regidos, na sua concreção irrepetível e, por isso, na sua infinita variabilidade. Como nos interessa tão-só o estudo das condições que determinam, em geral, a aplicação da lei, deveríamos utilizar sempre a expressão “estrutura”, ou “morfologia”, do âmbito de aplicabilidade da lei penal portuguesa. Todavia, por motivos de simplificação e aligeiramento do estilo, permitimo-nos omitir aquelas precisões.

⁽⁶⁾ É sabido que a jurisdição (penal ou outra) não se *confunde* com a soberania. Porém, dentro do quadro legitimador oferecido pelo direito internacional (e, portanto, dentro desses limites), é para a soberania que se remete o fundamento (interno e jurídico-internacional) da jurisdição: na formulação paradigmática de FREDERICK MANN, “The doctrine of jurisdiction in international law”, in *Académie de Droit International. Recueil des Cours* 111 (I), 1964, p. 16, a propósito da jurisdição prescriptiva, “a doutrina da jurisdição prescriptiva responde à questão de saber se e em que circunstâncias um Estado tem o direito de regulamentação. Se, e apenas nessa medida, o direito existir, ele é exercido pelo Estado *em virtude* da sua soberania” (itálicos nossos).

⁽⁷⁾ Não nos referimos à justificação teórica da *função* do direito penal, habitualmente tratada na perspectiva dos “fins das penas” (cf. logo, entre nós, a dissertação inau-

rio-jus puniendi", sob o signo da ideia de *exclusividade* ⁽⁸⁾, encontra-se em crise indissolúvel.

A circunstância pragmática dessa crise é conhecida e congrega, em interligação, fenómenos sociais e jurídico-políticos.

No grupo dos primeiros, encontramos a representação social de certos factos — v. g., o terrorismo internacional e o tráfico de armas nucleares — como "ameaças planetárias", contra as quais se reivindicam reacções repressivas com a mesma dimensão; a crescente mobilidade internacional de pessoas e bens — que facilita a pluri-localização da mesma conduta criminosa e a dispersão calculada de actividades criminosas diversas; a intensificação dos fluxos migratórios, potenciadora de conflitos de sistemas de valores; e a erupção periódica de violações gravíssimas dos direitos humanos (genocídios, crimes contra a humanidade e crimes de guerra), que contam com a convívência dos Estados, ou com a sua impotência para reprimi-los.

No grupo dos segundos — e, de alguma forma, como reacção aos primeiros —, deparamos com a multiplicação de instrumentos jurídico-internacionais de defesa dos direitos humanos que contendem com o direito penal, directa (protecção dos direitos humanos *através* do poder punitivo) ou indirectamente (protecção dos direitos humanos *contra* o poder punitivo); a criação de mega-espacos geopolíticos por integração de

gural de LEVY MARIA JORDÃO, *O Fundamento do Direito de Punir*, 1853; e, sobre ela, PETER HÜNERFELD, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal*, 1971, p. 82 e ss., e PEDRO CAEIRO, "Levy Maria Jordão, Visconde de Paiva Manso. Notas bio-bibliográficas", *BFDUC* 71 (1995), p. 355, n. 14; criticamente sobre a "confusão" entre o fundamento do direito de punir e as finalidades da punição, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, 1995, p. 152 e ss.), que inevitavelmente arranca da antinomia Estado-liberdade insita no princípio liberal, mas sim, de forma mais ampla e porventura mais descomprometida com certa realidade institucional (no caso, o Estado), ao título juridicamente necessário para que determinada entidade possa arrogar-se um ius (*sc.*, um poder legítimo) *puniendi*. Por isso preferimos utilizar a expressão "jurisdição penal", que leva sempre implícito um elemento de legitimidade, e não "poder punitivo" ("Strafgehalt").

⁽⁸⁾ Só o Estado tem jurisdição penal; o Estado só tem jurisdição penal sobre o seu território; só o Estado tem jurisdição penal sobre o seu território; o Estado só aplica o seu direito penal. Sobre este paradigma, vd. JOSÉ DE FÁRIA COSTA, "A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude)", in *Globalização e Direito (Studia Iuridica 73)*, 2003, p. 102 e ss.; e, sublinhando a urgência da sua superação através da criação de um "novo *nomos*", *Id.*, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: Alguns Comentários Reflexivos*, 2005, p. 191 e ss., esp. p. 196 e s. e p. 202.

Estados com identidade plurisseccular, governados por instituições autónomas que detêm competências normativas em matéria penal; enfim, com a assunção de poderes especificamente penais por parte de entidades não-estatais na repressão dos crimes mais graves contra o direito internacional.

Todos estes factores convergem numa "desestatização" parcial dos relações sociais e, consequentemente, numa "desestatização" parcial dos poderes que as regulam, em favor de ordenamentos jurídicos não-estatais e de organizações políticas mais amplas (regionais e internacionais) ⁽⁹⁾, e, por aí, na muitas vezes alegada inadequação (quando não caducidade) da figura do Estado como instância de regulamentação e controlo de certos fenómenos criminais. Discurso que acaba por refluir sobre o próprio *fundamento* da jurisdição penal estatal e que, de forma menos visível, não deixa incólumes temas aparentemente mais "técnicos", como a arquitectura das relações entre sistemas normativos (direito nacional, direito internacional e direito europeu ⁽¹⁰⁾) e a caracterização dos pressupostos da chamada "aplicação da lei penal no espaço".

Neste contexto, cremos que existe justificação suficiente para repensar o fundamento da jurisdição penal do Estado, de forma a compreender com mais exactidão o seu conteúdo e limites.

2. O problema da jurisdição penal começa *antes* da norma, no poder de decidir, em abstracto, da natureza criminal de um facto — é dizer, da sua qualificação como crime.

Ora, aquilo que usualmente denominamos de "crime em sentido jurídico" é uma construção produzida por normas que definem os seus vários elementos (o ilícito-típico, a culpa e a punibilidade). Certamente que todas convocam, da mesma forma, o problema da jurisdição, pois todas elas detêm um papel essencial na constituição do facto criminoso ⁽¹¹⁾. Porém,

⁽⁹⁾ Sobre o fenómeno da desestatização e os problemas que põe à teoria do Estado e da Constituição, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, "*Brancoas*" e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2006.

⁽¹⁰⁾ Sobre esta designação, vd. *infra*, Parte I, 2.º Capítulo, § 3.

⁽¹¹⁾ Pense-se, p. ex., em matéria de culpa, na divergência entre o regime da obediência indevida estabelecido pelo art. 37.º do CP (que admite a sua eficácia dirimente) e o que vigora no direito internacional penal para os *crimina juris gentium* (onde é irrelevante), divergência que pode conduzir, em último termo, a qualificações diferentes dos factos consoante eles sejam tratados no âmbito de um ou outro ordenamento e que também suscita, dessa forma, um problema de jurisdição.

cingiremos o nosso estudo às que regulam a tipicidade e a ilicitude das condutas, pois é nelas que se vaza, num momento primordial (em perspectiva lógico-categorial, mas também, e sobretudo, propriamente normativa), a decisão sobre a natureza criminal de um facto e, portanto, são elas que, dividindo o lícito e o ilícito, suscitam com mais acuidade o problema da jurisdição.

Não que o discurso e as conclusões que para elas valem não possam porventura adequar-se aos outros domínios referidos. Todavia, o teste contínuo dessa adequação alargaria excessivamente o horizonte problemático, pelo que preferimos limitar a nossa reflexão às questões de jurisdição suscitadas pela espécie de normas que detêm o lugar principal dentro de qualquer ordenamento jurídico-penal.

3. Elaborámos o presente trabalho conscientes de que cada uma das suas partes (e, mesmo, das respectivas sub-divisões) é susceptível de um tratamento monográfico, capaz de cumprir os objectivos académicos e científicos que presidem a esta dissertação, como aliás se mostra pela bibliografia que utilizámos. Vistas as coisas por esse prisma, o nosso objecto seria demasiado amplo e, talvez, ingenuamente ambicioso.

Porém, num momento em que a interpenetração dos ordenamentos jurídico-penais estatais com o direito internacional e o direito europeu deixou de ser excepcional para se tornar verdadeiramente fisiológica, o que nos anima é a urgência de uma *concepção global e integrada* desses vários núdulos, sempre fiel à perspectiva que enunciamos no título. O desafio consiste, portanto, em encontrar o melhor ponto de equilíbrio entre o grau de profundidade necessário para alcançar resultados válidos e a sintetização imposta pela amplitude do objecto.

Também por isso, limitámos a investigação ao “caso português”, sem pretender que a análise e os resultados valham para outros ordenamentos jurídicos; se ambos forem, aqui e ali, generalizáveis, será, talvez, o indício de uma realidade mais funda cuja verificação ficará para outra ocasião.

4. Para atingir os objectivos anteriormente enunciados, dividimos o presente estudo em três partes.

Na primeira, propomos um reexame da fundamentação da jurisdição penal estatal na ideia de soberania, confrontando-a com a possibilidade de certos entes não-soberanos serem titulares dos poderes ali contidos. Aí, perguntaremos se o fundamento da jurisdição penal é diferenciado,

consoante os titulares em que se encabece, ou único, e portanto comum, independentemente da natureza dos mesmos. Percurso que nos permitirá estabelecer uma relação entre o fundamento e o conteúdo da jurisdição penal, adquirindo elementos essenciais para a compreensão da especificidade do papel do Estado nesta matéria, nomeadamente através do modo como interage com os entes não-estatais que se arrogam poderes idênticos.

Na segunda parte, fazemos uma caracterização do conteúdo da jurisdição penal do Estado (Português), partindo de uma divisão básica entre a esfera de eficácia das normas materiais enquanto *regulae agendi* (o universo dos factos onde o Estado impõe deveres de comportamento) e o âmbito da jurisdição judicativa (o universo dos factos que os tribunais nacionais podem julgar). Veremos que, apesar da tendencial continuidade entre ambos, se justifica o seu tratamento separado, pois existem irreduzíveis margens de assincronia, devidas a três factores: por vezes, os tribunais nacionais não podem conhecer de certos factos apesar de a lei portuguesa lhes ser aplicável; outras vezes, devem aplicar as normas nacionais, como *regulae decidendi*, em relação a condutas onde elas não puderam funcionar como normas de comportamento e que não se incluem, portanto, no seu âmbito de eficácia; enfim, pode suceder que os tribunais portugueses devam aplicar direito heterónimo (direito de outros Estados e direito internacional).

Na terceira parte, examinamos os limites postos à jurisdição penal do Estado por ordenamentos jurídicos heterónomos e prevaletentes (o direito internacional comum e o direito europeu), cujos contornos identificaremos.

Em regra, não nos ocuparemos das obrigações e proibições de punir constantes de convenções e tratados que vinculem o Estado Português, não só porque não se vislumbram aí problemas de especial relevância, como também porque se trata sempre de auto-limitações da jurisdição penal directamente assumidas pelo Estado (e por isso é lícito ver nelas um *modus* particular de exercer a jurisdição penal). Todavia, analisaremos os tratados instituintes das Comunidades e da União Europeias, em virtude da sua natureza peculiar, manifestada na criação de organizações internacionais com poderes legiferantes em matéria penal, na relação (única) de integração entre o direito europeu e os direitos nacionais e na incidência de normas de carácter não-penal aí contidas sobre a jurisdição penal dos Estados.

II. Questões de terminologia e determinações conceptuais

1. Jurisdição penal

1.1. A mais autorizada doutrina jurídico-internacional da "jurisdição" reserva o termo para designar "*the State's right under international law to regulate conduct in matters not exclusively of domestic concern*" ⁽¹²⁾.

Nesta formulação, encontramos quatro notas essenciais: a jurisdição como direito; a subordinação jurídico-internacional desse direito; a sua atribuição (em exclusivo) aos Estados; e a limitação do objecto da jurisdição aos "*matters not exclusively of domestic concern*". Delas decorre que, para o direito internacional, a jurisdição é um dispositivo que permite delimitar os direitos (em sentido subjectivo) de um Estado relativamente a situações que podem originar pretensões relevantes por parte de outros Estados. É neste sentido que se afirma, *v. g.*, que um Estado tem o direito de punir os agentes de crimes praticados no seu território (*sc.*: tem jurisdição sobre esses factos), mesmo quando eles sejam estrangeiros. Fora deste âmbito, em situações "puramente internas", o problema não se levantaria.

1.2. No que ao nosso tema importa, acolhemos a ideia de que o problema da jurisdição penal, é, antes de mais, um problema de legitimidade jurídico-internacional do poder punitivo, porquanto "*the sovereign cannot confer jurisdiction on his courts or his legislature when he has no such jurisdiction according to the principles of international law*" ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ F. MANN, *Doctrine* 1964, p. 9. Merece referência, por algo contraditória, a posição de MALCOLM N. SHAW, *International Law*, 1995, p. 393 e 395: o A. começa por admitir que o conceito de jurisdição não contém necessariamente uma referência interna, cional (já incluindo, portanto, a chamada "domestic jurisdiction") e, congruentemente, define a "jurisdição legislativa" como "a supremacia dos órgãos estatais constitucionalmente legitimados para editar leis obrigatórias nos limites do território do Estado", as quais "podem estender os seus efeitos ao estrangeiro, em certas circunstâncias" (p. 397). Todavia, a "jurisdição executiva" já é definida como "a faculdade [capacity] do Estado de agir dentro das fronteiras de um outro Estado" (p. 398) e a "jurisdição judicial" como "o poder dos tribunais de dado país de julgar casos que contêm um elemento estrangeiro" (p. 399).

⁽¹³⁾ JOSEPH BEALE, "The jurisdiction of a sovereign State", *HLR* 36 (1922-23), p. 243.

Porém, como se procurará mostrar de seguida, há que introduzir algumas adaptações na formulação de F. Mann para caracterizar correctamente a jurisdição penal: em primeiro lugar, ela não deve ser hoje concebida como um direito, mas antes como um poder legítimo; em segundo lugar, o problema também se suscita a propósito de situações "puramente internas"; em terceiro lugar, há outros titulares de jurisdição penal (ou de parte dos poderes aí contidos) para além dos Estados.

a) Tradicionalmente, a jurisdição, vista somente como um direito de regular condutas, move-se num vasto espaço deixado à conformação dos Estados, limitado apenas pelas proibições de punir ⁽¹⁴⁾ decorrentes do direito internacional geral (ou, eventualmente, convencional ⁽¹⁵⁾): respeita das aquelas obrigações negativas, os Estados podem definir livremente a sua jurisdição sobre qualquer situação.

Todavia, o desenvolvimento do direito internacional levou a que se aditasse àquele perfil da jurisdição uma outra dimensão fundamental, constituída pelos *deveres de punir* impostos pelo direito internacional e pelos que emergem da integração europeia. Desta forma, a jurisdição deve ser concebida como um *poder de decisão legítimo* ⁽¹⁶⁾, que se decompõe num *direito de punir* limitado por *prohibitiones puniendi* e num *direito de não punir* limitado por *obligationes puniendi*.

b) Em segundo lugar, a restrição do problema da jurisdição aos "*matters not exclusively of domestic concern*" não parece adequar-se ao estado actual do direito internacional, ao menos no sentido tradicional da expressão.

⁽¹⁴⁾ Sobre a questão de saber se a legitimidade do direito de punir se basta com uma "não-proibição" pelo direito internacional, ou se depende de uma sua permissão positiva, cf. *infra*, Parte II, 1.º Capítulo, § 2.

⁽¹⁵⁾ Prevendo, precisamente, essa possibilidade, cf. os incisos iniciais dos arts. 4.º e 5.º, n.º 1, do CP.

⁽¹⁶⁾ Assim já JOSEPH BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws. I. Jurisdiction*, 1935, p. 274: "jurisdiction (...) is the power of a state to create rights such as will be recognized by other states as valid" (itálicos nossos); também MICHAEL AKEHURST, "Jurisdiction in international law", in *BYBIL* 46 (1972-1973), 1975, p. 145, define as várias formas de jurisdição como "poderes", embora pareça fazê-los decorrer, exclusivamente, de direitos (à luz do direito internacional).

Com efeito, ao tempo da formulação enunciada por F. Mann, o objecto assim definido era um *dado*, identificando-se os “*matters not exclusively of domestic concern*” (apenas) com as *situações* que contêm elementos (fáticos) de extraneidade (a extraterritorialidade do facto, a nacionalidade estrangeira dos intervenientes, o encabeçamento da titularidade dos interesses em causa num outro Estado ou num cidadão estrangeiro, etc.)⁽¹⁷⁾. Nas “situações puramente internas”, o poder de regulação do Estado, inerente à soberania e inócuo para os restantes Estados, era visto como exclusivo e tendencialmente ilimitado, pelo que não haveria aí problemas de jurisdição⁽¹⁸⁾. A doutrina da jurisdição cabia tão só elaborar os critérios que medem a validade da pretensão jurisdicional de certo Estado sobre uma situação “não exclusivamente interna”⁽¹⁹⁾.

Contudo, desde então, assistiu-se a uma intensa proliferação dos deveres internacionais dos Estados, que não só reduz notoriamente o âmbito dos “assuntos exclusivamente internos”⁽²⁰⁾, como também, e sobretudo, torna as fronteiras do conceito cada vez mais fluidas: pense-se, *v. g.*, na vinculação internacional dos Estados à protecção dos direitos humanos⁽²¹⁾, no surgimento do controverso “direito de ingerência humanitária”

⁽¹⁷⁾ “It is only when there is some foreign element, when the State purports to affect or reach persons of foreign nationality, domicile or residence or facts which happen abroad that the problem of international law, whether public or private and, in particular, the problem of international jurisdiction makes its appearance” (F. MANN, *Doctrine 1964*, p. 14). Por isso se compreende que “to a large extent legislative jurisdiction is concurrent rather than exclusive” (*ibidem*, p. 10). No mesmo sentido, frisando a essencialidade da presença de um “foreign element” para que se suscite um problema de jurisdição, M. AKEHURST, p. 145; e HANS-HEINRICH JESCHECK, “L’oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione”, *RIDPP* 14 (1971), p. 636.

⁽¹⁸⁾ J. BEALE, *Treatise*, p. 275; F. MANN, *Doctrine 1964*, p. 14.

⁽¹⁹⁾ F. MANN, *ibidem*, p. 15.

⁽²⁰⁾ Cf. WLADIMIR BRITO, “Do Estado. Da construção à desconstrução do conceito de Estado-Nação”, *RHI* 26 (2005), p. 298 e ss.; e JÓNATAS E. MACHADO, *Direito Internacional Público. Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 3.ª ed., 2006, p. 143.

⁽²¹⁾ F. MANN, *ibidem*, p. 14, admite já que a violação dos direitos humanos pudesse ser uma excepção (na verdade: a excepção) ao carácter ilimitado da jurisdição do Estado dentro do seu território e sobre os seus nacionais. Cf. também M. SHAW, p. 395 e ss., e 238; o voto de Lord Millet na (3.ª) Sentença da Câmara dos Lordes no processo de extradição de Augusto Pinochet, em *HLR*, 20 (1-3) (1999), p. 100; e MIREILLE DELMAS-MARTY, “The contribution of comparative law to a pluralist conception of international criminal law”, *JICJ* 1 (2003), p. 14.

No mesmo sentido, tirando daí argumento para afirmar que o “direito penal internacional” não versa necessariamente sobre situações com elementos de extraneidade, podendo

e na aceitação generalizada, depois de Nuremberga, de que “situações puramente internas” podem dar azo a crimes contra o direito internacional, independentemente da lei e da prática do Estado onde ocorram. Acresce que a redução do âmbito do conceito e a fluidificação das suas fronteiras se intensificam com a experiência da integração europeia, por força da atribuição a instâncias trans-estatais da prossecução de um número cada vez maior de interesses considerados comuns, através da progressiva translação de poderes dos Estados para a Comunidade e a União Europeias. Esta evolução do direito internacional tem duas consequências:

— Por um lado, os “*matters not exclusively of domestic concern*” não mais podem ser vistos como esgotando-se nas situações que contêm elementos fáticos de extraneidade e que, portanto, exibitam dos poderes exclusivos inerentes à soberania. O objecto da jurisdição torna-se instável: deixa de ser um *dado*, previamente definido por uma certa configuração fáctica das situações, para passar a fazer parte do próprio *problema* da jurisdição. Já não se trata só de elaborar critérios que definam a validade de certa pretensão jurisdicional sobre determinada situação, mas de perguntar pelos requisitos que uma situação deve conter para que se suscite um problema de jurisdição.

— Por outro lado, o abandono do paradigma das “situações com elementos de extraneidade” como objecto da jurisdição desvela uma questão mais funda, que, até então, era resolvida mediata-mente através do dispositivo da soberania. Se se afirmava que as “situações puramente internas” não levantam problemas de jurisdição, tal não significava que, em último termo, os poderes

ser internacional pela “fonte”, ANDRÉ HUET / RENÉE KOERING-JOULIN, *Droit Pénal International*, 1994, p. 24 e s. Lembramos que a posição dos AA. deve ser enquadrada na rejeição genérica, que propugnam, da dicotomia direito penal internacional / direito internacional penal, cabendo assim no direito penal internacional “as convenções internacionais [que] descrevem minuciosamente os factos que proíbem” (*ibidem*, p. 25; interpolação nossa).

Hoje, a hipótese não é excepcional. Se um Estado decidisse, *v. g.*, não punir o crime de genocídio cometido por cidadãos nacionais, contra cidadãos nacionais, no seu território, ou se decidisse punir determinadas condutas apenas quando cometidas por cidadãos (seus nacionais) de certa etnia ou profissão religiosa, estaria a cometer uma infracção contra o direito internacional, violando por essa via as regras que enformam a sua jurisdição.

exercidos pelo Estado sobre elas deversem ser considerados alheios, por completo, ao direito internacional: muito simplesmente, sendo poderes inerentes à soberania, e não invadindo eles a esfera de outros Estados, teriam o mesmo enquadramento (jurídico-internacional) daquela. Bem vistas as coisas, a soberania funcionava aí como verdadeiro *critério* de jurisdição — embora apenas implícito e, *hoc sensu*, prévio —, na medida em que providenciava, também ela, uma “regulação e delimitação das competências respectivas dos Estados” (22). Ou, dito de outra forma: a ideia segundo a qual um Estado pode regular como entender os factos praticados no seu território, por e contra nacionais seus, não significa que não exista aí um problema de jurisdição, mas é antes o *resultado* da aplicação implícita de um critério jurisdicional, fundado na soberania.

Ora, a conjugação de todos estes factores — no plano pragmático: a sensível redução do âmbito das “situações puramente internas”; no plano teórico: a incerteza que rodeia hoje os limites daquele conceito, e o reconhecimento de que todo o poder estatal carece de justificação à luz do direito internacional, ainda que mediada pelo dispositivo da soberania — aconselha a que se prescindia da limitação do objecto proposta pela doutrina da jurisdição. Assim, de forma algo semelhante ao que a seguir expenderemos a propósito da inadequação da expressão “direito penal internacional” para significar o “âmbito de aplicabilidade” de uma lei, não deve cingir-se o objecto da jurisdição às “situações com elementos de extraneidade”. Mais amplamente, a jurisdição em matéria penal será o poder legítimo de determinar (em abstracto) e / ou verificar (em concreto) as condições de relevância criminal de certa conduta, independentemente do carácter “puramente interno” da situação.

c) Por último, o conceito tradicional de jurisdição foi pensado para a regulação e delimitação mútua das competências dos *Estados* (23), como entidades soberanas e iguais. Ora, actualmente, existem entidades não-estatais que possuem (um certo tipo de) jurisdição em matéria penal: pense-se,

(22) F. MANN, *Doctrine* 1964, p. 15.

(23) *Ult. loc. cit.*

por um lado, nas instâncias da União Europeia, que produzem instrumentos jurídicos não reconduzíveis às formas canónicas do direito internacional, através dos quais se criam deveres de índole penal; e, por outro lado, nos tribunais penais internacionais, que condenam e punem pela prática de crimes, e que, além disso, se inserem já, eles próprios, no exercício da jurisdição penal de quem os criou.

2. Âmbito de eficácia (ou aplicabilidade), âmbito de competência e âmbito de aplicação da norma

2.1. De acordo com a luminosa lição de Baptista Machado (24), deve distinguir-se entre o *âmbito de eficácia possível*, ou de *aplicabilidade*, da lei, limitado pela própria natureza da norma jurídica enquanto *regula agendi*, que abrange todos os factos (e só aqueles) que com ela tenham uma conexão relevante, e o *âmbito de competência* da lei, resultante já de uma ponderação dos *conflitos* (positivos) que possam surgir entre várias “leis interessadas”, sc., várias leis em cujo âmbito de eficácia possível o dito facto se inclua. Já o *âmbito de aplicação* das normas consiste no “conjunto dos factos concretos ou concretas situações de facto a que [a norma material] é susceptível de ser aplicada, ou seja, o conjunto dos factos ou situações capazes de serem ‘subsumidas’ à sua hipótese (...)” (25).

Se a expressão *âmbito de eficácia* serve para designar o domínio de “incidência” (26) das normas pertencentes a qualquer ramo de direito, porque é conatural à própria norma, daí não se segue que o método do direito internacional privado, onde ela desempenha um papel fulcral, possa ser transposto, sem mais, para o direito penal. Por um lado, a diferente natureza das normas materiais de direito privado e de direito penal impli-

(24) JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, 1970, p. 4 e ss., 25 e ss., e *passim*.

(25) *Ibidem*, p. 265.

(26) O termo é utilizado por ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 1993, p. 5 e ss., que reserva a expressão “âmbito de eficácia” para designar o “âmbito do poder executivo (administrativo ou judicial) do Estado, à actividade tributária em concreto” (*ibidem*, p. 7 e s.), ou seja, a “competência internacional dos órgãos internos de aplicação do direito, jurisdicionais ou administrativos (no mesmo plano da competência internacional dos tribunais em matéria de processo civil ou penal) (...)” (*ibidem*, p. 8 e s.; itálicos no original).

cam uma forma diversa de determinação do respectivo âmbito de aplicabilidade; por outro lado, a inclusão de certo facto no âmbito de eficácia possível de vários ordenamentos jurídico-penais não desencadeia um “conflito de leis” relevante, no sentido que lhe é dado pelo direito internacional privado, a resolver através das regras de conflitos que *reconhecem* a competência (concreta) de uma delas. Ao invés, a inclusão de um facto no âmbito de eficácia do ordenamento jurídico-penal do foro determinar, via de regra, a aplicação dessa lei substantiva (a *lex fori*), independentemente do contacto que o facto possa ter com um ordenamento estrangeiro.

2.2. Todavia, importa notar, a este propósito, que, ao invés do que pretendem alguns autores ⁽²⁷⁾ — porventura demasiadamente influenciados pela experiência do seu próprio ordenamento nacional —, a aplicação de uma lei estrangeira por via de uma regra que lhe atribui “competência” não é incompatível com o direito penal. Embora rara, ela encontra-se, por exemplo, no art. 6.º, n.º 2, do CP, fundada no princípio do tratamento mais favorável, relativamente a factos extraterritoriais, quando a jurisdição do Estado Português se estabelece com base em certas conexões (a nacionalidade do agente ou da vítima e a administração supletiva da justiça penal). Deste modo, pode fazer sentido falar de um âmbito de *competência* da lei penal, num sentido *próximo* do que lhe atribui a referida doutrina de Baptista Machado, tendo todavia presente a diferença entre *reconhecimento* e *atribuição* de competência à lei estrangeira.

3. Âmbito de eficácia (ou aplicabilidade) real da norma

A doutrina, a jurisprudência e, por vezes, a própria lei tendem a nomear o nosso tema através de expressões que não o circunscrevem com rigor. A questão costuma ser descrita por formas de sinédoque, seja incorporando um dos critérios de aplicabilidade da lei (“aplicação [ou âmbito, ou validade, ou eficácia] espacial da lei penal”), seja privilegiando a sua eventual dimensão internacional (“direito penal internacional”) ⁽²⁸⁾. Uma

⁽²⁷⁾ Cf., p. ex., CLAUDE LOMBOIS, *Droit Pénal International*, 1971, nm. 12.

⁽²⁸⁾ Por vezes, a primeira expressão é utilizada para definir o conteúdo da segunda: assim, v. g., STEFAN GLASER, *Droit International Pénal Conventionnel*, 1970, p. 21: “[o termo direito penal internacional serve] para indicar e para determinar somente as regras

palavra de explicação, pois, sobre as razões por que elas não nos parecem convenientes.

3.1. A “aplicação da lei (penal) no espaço”

Esta expressão, adoptada por uma boa parte da doutrina ⁽²⁹⁾, mesmo fora do direito penal ⁽³⁰⁾, deriva da concepção moderna da relação entre a soberania do Estado e os limites territoriais da eficácia da lei. Num mundo partilhado por Estados soberanos e iguais, divididos por fronteiras jurídico-políticas rigorosas, cabe a cada Estado julgar os factos praticados

jurídicos do direito nacional relativas à aplicação das leis penais no espaço” (itálicos no original); e FURTADO DOS SANTOS, “Direito internacional penal e direito penal internacional. Aplicação da lei penal estrangeira pelo juiz nacional”, *BMJ* 92 (1960), p. 167 s.: “[o direito penal internacional tem por objecto] o conjunto das regras de direito nacional sobre a aplicação das leis penais no espaço” (interpolações nossas).

⁽²⁹⁾ Na doutrina portuguesa: CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal Português*, II, 1911, p. 59; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, *Direito Penal. Lições feitas em harmonia com as preleções do Ex.º Sr. Dr. Beza dos Santos ao quarto ano jurídico de 1919-1920*, 1920, p. 120, s.; MARCELLO CAETANO, *Lições de Direito Penal. Síntese das preleções feitas ao curso do 4.º ano jurídico no ano lectivo de 1938-39*, 1939, p. 146; MANUEL CAVALHEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral*, I, 1981, p. 129; LUIS BARRETO XAVIER, “Âmbito espacial de aplicação da lei penal portuguesa”, *DJ* 11-1 (1997), p. 49 e ss.; e J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 194 e ss.

Na doutrina estrangeira, vd. só, recentemente, MARC HENZELIN, *Le Principe de l'Universalité en Droit Pénal International. Droit et Obligation pour les Etats de Pour-suivre et Juger selon le Principe de l'Universalité*, 2000, p. 15, nm. 36; e LUC REYDAMS, “Universal criminal jurisdiction: the Belgian state of affairs”, *CLF* 11 (2000), p. 184.

⁽³⁰⁾ Veja-se, por exemplo, J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito*, p. 6, e *passim*, que, apesar da natureza do problema do direito internacional privado e da abordagem “desterritorializante” que dele faz (no sentido de uma desvinculação entre *forum* e *ius*), não deixa de se referir aos “limites da lei no espaço”; em sentido semelhante, outros autores referem-se aos “limites de aplicabilidade” das normas jurídicas “no espaço” (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado* (com a colaboração de Luis Barreto Xavier), I, 2002, p. 46) e à “concorência de normas no espaço” (FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª ed., 2006, p. 83).

Que a acção humana seja, necessariamente, conformada pelos factores tempo e espaço, é algo de que ninguém duvida; que as normas, enquanto regras de conduta, não valham, por absoluta impossibilidade, para o passado, é algo que decorre imediatamente da sua natureza preceptiva; mas já não nos parece que a determinação dos factos sujeitos a determinada lei (e, portanto, a identificação dos limites reais dessa lei) deva compreender-se, apenas ou essencialmente, através da categoria do “espaço”.

dentro do seu território ⁽³¹⁾ — em regra, todos e apenas ⁽³²⁾ esses factos. Por tal via, o território define o desenho da partilha da soberania sobre o espaço e, em consequência, o da partilha do direito de punir, tendencialmente sobreponível ao primeiro ⁽³³⁾. O território funciona aqui, não como simples elemento de conexão do facto com a lei, mas como verdadeira categoria transcendental do *ius puniendi* ⁽³⁴⁾ e não surpreende, por isso, que o âmbito de aplicabilidade da lei penal seja compreendido como um problema de aplicação da lei “no espaço”, nem que o critério da territorialidade seja elevado à categoria de princípio geral em relação ao qual os outros critérios são vistos como “subsidiários” ⁽³⁵⁾ ou “complementares” ⁽³⁶⁾, nem que as regras de aplicabilidade real da lei penal sejam agrupadas na dicotomia “competência territorial” e “competência extraterritorial” ⁽³⁷⁾.

Porém, pondo por ora entre parêntesis a questão de saber se há ou não razões para conceder à conexão territorial um lugar privilegiado

⁽³¹⁾ Veja-se, paradigmaticamente, CAIRO DA MATTIA, *Direito Criminal*, II, p. 59: “com fundamento na soberania de cada estado, dentro do seu território, reconhece-se geralmente o império absoluto da lei penal para a punição de todas as infracções cometidas na área territorial, sem distinção entre nacionais e estrangeiros. A lei, expressão da soberania, pôde e deve aplicar-se onde quer que a soberania se exerça. (...) N'isto consiste o princípio da territorialidade”; mais recentemente, cf. M. CAVALIERO DE FERREIRA, *Direito Penal* 1981, p. 130: “reconhece-se que é o espaço territorial sob o domínio de um Estado que este tem competência penal; este é o chamado ‘princípio da territorialidade’”.

⁽³²⁾ Sobre a ideia da exclusiva territorialidade da lei penal, que vigorava ainda na maioria dos países europeus no início do séc. XX, cf. S. GLASER, p. 18 (n. 5).

⁽³³⁾ FREDERICK MANN, “The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years”, in *Académie de Droit International. Recueil des Cours* 186 (III), 1984, p. 20.

⁽³⁴⁾ Vd., por exemplo, MANUEL CAVALIERO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral. I. A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 4.ª ed., 1992, p. 71: “a função de punir cabe no âmbito da soberania do Estado, que dela não pode por isso abdicar, nos limites do território nacional”.

⁽³⁵⁾ CAIRO DA MATTIA, *Direito Criminal*, II, p. 87; MARCELLO CAETANO, *Lições*, p. 149.

⁽³⁶⁾ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 195.

⁽³⁷⁾ CAIRO DA MATTIA, *Direito Criminal*, II, p. 59 e ss., analisa o problema pelo prisma da “aplicação no espaço”: assim, o Capítulo III do 2.º volume das suas lições (“Força obrigatória da lei penal”) divide-se em três secções (“quanto ao tempo”, “quanto ao espaço” e “quanto às pessoas”) e a secção dedicada ao “espaço” subdivide-se, naturalmente, em parágrafos onde se trata da “competência territorial” e da “competência extraterritorial” da lei penal.

dentro do desenho do âmbito de eficácia da lei penal ⁽³⁸⁾, aquela terminologia não parece adequada. Na verdade, o problema — quais os factos abrangidos pela lei penal portuguesa — existe *antes* da consideração dos critérios da sua resolução e não pode ser correctamente enquadrado pelo ângulo redutor que já supõe um desses critérios. Dito de outra forma: o problema *primário* não é o de investigar as condições especificamente *geográficas* que um facto tem de reunir para que esteja sujeito à lei portuguesa ⁽³⁹⁾. Esta asserção comprova-se com facilidade através do seguinte exercício: se, por hipótese, o critério fundamental da aplicabilidade da lei penal portuguesa fosse o da nacionalidade do agente, deveríamos designar a questão por “aplicação da lei penal segundo a nacionalidade”? E como deveríamos nomeá-la se o critério fundamental da aplicabilidade da lei fosse o da universalidade, ou o da defesa dos interesses nacionais?

Deste modo, sem negar a particular relevância do espaço e do território na delimitação da esfera da eficácia das leis, deve evitar-se a redução do tema, no plano terminológico, à aplicabilidade (ou eficácia) *espacial* da lei. Cremos que a expressão *esfera (ou âmbito) de aplicabilidade (ou de eficácia)* é suficiente, sem necessidade de outras precisões, para designar o que pretendemos. Mas, a ser necessária a junção de um qualificativo, preferiríamos utilizar a expressão eficácia / aplicabilidade *real* ⁽⁴⁰⁾, que, referindo imediatamente a norma aos factos (à realidade)

⁽³⁸⁾ Cf. *infra*, Parte II, 1.º Capítulo, § 2, III.

⁽³⁹⁾ Em sentido muito próximo, prosseguindo um raciocínio crítico diverso do adoptado no texto, mas formulando uma conclusão a que aderimos inteiramente, escreve TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 1.º Vol., 2.ª ed., 1985, p. 549: “a própria expressão ‘aplicação da lei no espaço’ é infeliz. Porque não se trata aqui propriamente de determinar por exemplo se a lei penal portuguesa é aplicada no território português, no território espanhol, etc., ou se as leis estrangeiras são aplicadas no território português; trata-se de determinar a que infracções se aplica a lei penal portuguesa”.

⁽⁴⁰⁾ Assim logo KARL BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, 1885, p. 371: “[b]estimmen, wie weit das Gesetz nicht Weltgesetz ist, für welchen engeren Kreis der definierten Verbrechen es vielmehr allein gelten will, heisst sein sachliches Anwendungsgebiet bestimmen”, criticando a denominação “Lehre vom örtlichen Geltungsgebiete der Strafgesetze” por transferir erroneamente os limites territoriais da acção dos tribunais para “die jeder territorialen Begrenzung spottenden Strafgesetze”. Em sentido próximo, JÜRGEN BAUMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1960, p. 52 e ss., que se refere ao “persönlich-sachlichen Geltungsbereich (für welche Tat gilt das StGB)” da lei, professando depois um entendimento idêntico ao de Binding (*ibidem*, p. 57 e s.): “bei der (oft mit der Frage des

que ela pretende regular, é aquela que designa o problema de maneira mais exacta ⁽⁴¹⁾.

3.2. O “direito penal internacional”

O problema que nos propomos estudar também não se deixa circunscrever rigorosamente pela expressão “direito penal internacional” ⁽⁴²⁾, apesar do progressivo alargamento que o conceito tem vindo a sofrer ao longo dos tempos, em diversas direcções, e dos múltiplos sentidos que lhe

persönlich-sachlichen Geltungsbereichs zusammengeworfenen) Frage des räumlichen Geltungsbereichs handelt es sich allein um das Problem: wo gilt das StGB, welches sind die Grenzen seines Anwendungsgebietes? (...) Auch im Bereiche des Strafrechts gelten hier die allgemeinen Regeln, nach denen alle Gesetze nur auf dem Staatsgebiet für die auf diesem tätigen Gerichte anwendbar sind”.

Críticos também da expressão “validade espacial” — com uma formulação demasiado influenciada, porventura, pela doutrina do ilícito pessoal, mas em termos que acompanhemos no essencial — GÖNTER STRATENWERTH / LOTHAR KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 5.^a ed., 2004, p. 53: “[I]n der so genannten räumlichen Geltung bleibt zu erörtern. Ihr Name ist freilich ungenau. Die eigentlich entscheidende Frage ist die, wem gegenüber die Normen des deutschen Strafrechts gelten, auf wessen Taten sie angewendet werden sollen” (itálicos no original).

⁽⁴¹⁾ Claro que o emprego do vocábulo “real” nada tem que ver, neste contexto, com o “princípio realista” da aplicação da lei penal, denominação utilizada por alguma doutrina para significar o critério da defesa dos interesses nacionais previsto, p. ex., no art. 5.^o, n.^o 1, al. a), do CP (cf., v. g., MARCELLO CAETANO, *Lições*, p. 147, e M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal* 1981, p. 131); nem com a “réalité des lois pénales” a que se referia Bouhier (apud FRIEDRICH MEILI, *Lehrbuch des Internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts*, 1910, p. 49), que mais não era do que a territorialidade das leis penais (por contraposição ao estatuto pessoal em que assentavam outras leis, prolongando a distinção entre estatutos reais e pessoais).

⁽⁴²⁾ A paternidade da expressão é usualmente atribuída a JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, 1780; cf., p. ex., HENRI DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'Etude du Droit Pénal International. Essai d'Histoire et de Critique sur la Compétence Criminelle dans les Rapports avec l'Etranger*, 1922, p. 6 (em nota), louvando-se em Koenig; e, recentemente, IBA CARACIOLO, *Dal Diritto Penale Internazionale al Diritto Internazionale Penale*, 2000, p. 1; porém, como bem nota INÊS FERREIRA LEITE, *O Conflito de Leis Penais. Natureza e Função do Direito Penal Internacional*, 2008, p. 134 e ss., a leitura da referida obra (na edição que consultamos: *A Fragment on Government with an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1960, p. 424 e ss.) parece não autorizar tal imputação.

vão sendo imputados ⁽⁴³⁾. Em algumas das suas acepções, a expressão “direito penal internacional” é claramente inadequada para designar o nosso tema. Com efeito, não pretendemos versar o problema da *responsabilidade criminal dos Estados* pela violação de regras internacionais ⁽⁴⁴⁾, nem — ao menos a título principal — o direito da cooperação judiciária internacional em matéria penal ⁽⁴⁵⁾.

Mas já não podemos afastá-la de forma tão decidida quando com ela se pretende significar um *direito*, ou uma “ciência”, de *determinação de competências*.

a) O “direito penal internacional” como direito de determinação de competências sobre factos com “elementos de extraneidade”

Nesta acepção — que é ainda, porventura, a mais frequente —, o direito penal internacional é o ramo do direito interno destinado a disciplinar a aplicação da lei penal estatal (substantiva) a factos “internacionais” (sc., que comportam um ou vários “elementos de extraneidade”) ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ Para uma descrição aturada dos significados doutrinais da expressão “direito penal internacional”, vd. DIETRICH OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 1983, p. 1 e ss.; I. CARACIOLO, p. 1 e ss., esp. 8 e ss.; e, entre nós, I. FERREIRA LEITE, p. 133 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Cf. ENRIQUE BENITO, *El Proceso de Guillermo II ante el Derecho Penal*, 1919 (apud PEREIRA DA SILVA, *A Sociedade das Nações e o Direito Penal Internacional*, 1928, p. 14 e s.); VESPASIAN PELLA, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, 2.^a ed., 1926, apud HENRI DONNEDIEU DE VABRES, *Les Principes Modernes du Droit Pénal International*, 1928, p. 3 e s.; PEREIRA DA SILVA, p. 21 e s. e p. 95 e ss.; e, por último, MARINA SPINEDI, “La responsabilité de l'Etat pour ‘crime’: une responsabilité pénale?”, in Hervé Ascensio / Emmanuel Decaux / Alain Pellet (dir.), *Droit International Pénal*, 2000, p. 93 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Que seria, para JOAQUIM PEDRO MARTINS, *Da Competência Penal Internacional segundo a Lei Portuguesa*, 1902, p. 43, uma das componentes do direito penal internacional.

⁽⁴⁶⁾ Cf. H.-H. JESCHECK, *RJDPP* 14 (1971), p. 633 e ss.; e, paradigmaticamente, C. LOMBOIS, nms. 16 e s.: “o direito penal internacional é um ramo especializado do direito interno (...) que fixa as modalidades particulares da sua aplicação às situações que apresentam um elemento de extraneidade”. Note-se, porém, que o A. critica a “ambiguidade” da expressão quando utilizada com este sentido, preferindo designar aquele ramo de direito como “direito penal extranacional”, para assim frisar que se trata da aplicação de direito interno a situações que “saem, devido a um qualquer elemento, da esfera repressiva interna” (nms. 13 e 20). Assim, o “direito penal extranacional” seria, juntamente com o “direito das infracções internacionais”, uma sub-divisão do “direito penal internacional”, concebido

A necessidade de tal determinação de competências deriva da própria coexistência, na comunidade internacional, de diferentes Estados soberanos, e da consequente possibilidade de conflitos (de soberanias, de competências legislativas ou judiciais) relativamente a factos que estejam conectados com vários ordenamentos jurídicos. O direito penal internacional teria então por função prevenir e resolver esses conflitos ⁽⁴⁷⁾.

Excursão: o “direito penal internacional” e o “direito internacional penal”

Boa parte da doutrina continental da segunda metade do século XX procura estabelecer uma distinção entre o “direito penal internacional”, na acepção que

mais latamente como a “disciplina jurídica que tem por objecto as relações do direito de punir com a soberania dos Estados” (nm. 20). Cf. também I. CARACCILOLO, p. 61 e ss.

Nas suas versões mais recentes, esta concepção admite já a possível natureza internacional das normas de direito penal internacional: cf. L. BARRETO XAVIER, p. 50, e I. CARACCILOLO, p. 32 e s.

⁽⁴⁷⁾ Vejamos algumas das definições mais significativas desta corrente de pensamento na doutrina portuguesa.

De acordo com M. CAVALIERO DE FERREIRA, *Direito Penal* 1981, p. 129 e s., “o problema que se pretende versar concerne a limitação de poder punitivo do Estado na sua coexistência com o poder dos outros Estados (...); trata-se portanto e verdadeiramente da delimitação do poder político do Estado relativamente aos outros Estados. Define-se a esfera de aplicação da lei penal portuguesa, de modo a prevenir os conflitos que, a propósito de um facto criminoso, surjam entre as várias soberanias”; para MANUEL A. LOPES ROCHA, “Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço”, in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, 1983, p. 120, “o direito penal internacional regula somente a aplicação do direito punitivo estatal a factos que, pela pertinência territorial do lugar da comissão do crime ou pela nacionalidade do delinquentes ou da vítima, estão relacionados com um ordenamento jurídico estrangeiro (...)”; segundo GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português. Parte Geral. Introdução e Teoria da Lei Penal*, 1997, p. 282, “o complexo de normas que disciplinam o poder punitivo de um Estado na sua coexistência com o poder punitivo de outros Estados costuma designar-se por direito penal internacional, à semelhança do que sucede com o direito internacional privado”, isto é, “o direito interno destinado à resolução desses potenciais conflitos, constituído por normas cuja função é a de determinar a lei aplicável a factos criminosos que podem entrar em conexão com várias ordens jurídicas”; e, para I. FERREIRA LEITE, p. 322, “[o] *Direito Penal Internacional* é o ramo da ciência jurídica que visa a regulamentação das infracções com elementos de extraneidade, tendo em vista a supressão da impunidade inerente, mediante a escolha do Estado com a melhor competência penal, e a determinação da lei penal mais adequada, em estrito respeito pelo princípio da não transactividade” (itálicos no original).

acabamos de expor, e o “direito internacional penal”, como realidades normativas autónomas, mesmo que nem sempre lhes dê estes nomes ⁽⁴⁸⁾.

Tendo já descrito, a traço grosso, as características do primeiro, diremos agora que o segundo, no seu sentido mais amplo ⁽⁴⁹⁾, consiste no conjunto de princípios e normas de direito internacional que versam sobre matéria penal, aí se incluindo, v. g., as obrigações de perseguir impostas pelo direito costumeiro, o direito convencional relativo à repressão de certos crimes e à cooperação judiciária internacional, e, mais recentemente, os conjuntos normativo-institucionais que dão corpo aos tribunais penais internacionais [v. g., os Tribunais Penais Interna-

⁽⁴⁸⁾ Em Portugal, cf. logo FURTADO DOS SANTOS, p. 181 e s.; e, por último, J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 194.

Em Espanha, cf. FRANCISCO BUENO ARÚS / JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual de Derecho Penal Internacional*, 2003, p. 23 e ss., que todavia lhes preferem, respectivamente, os termos “direito nacional (espanhol) com elementos estrangeiros” e “direito penal de fonte internacional”.

Em França, veja-se a distinção traçada por C. LOMBOIS, nm. 20, entre o “direito penal extranacional” e o “direito das infracções internacionais”, como as duas componentes do “direito penal internacional”. Todavia, alguns autores usam apenas a expressão “direito penal internacional”, onde conglobam ambos os sentidos propostos, sem outra precisão, para designar “o ramo do direito que regula o conjunto dos problemas penais que se põem no plano internacional” (A. HUET / R. KOERING-JOULIN, p. 26).

Na Itália, cf. o estudo pormenorizado de I. CARACCILOLO, p. 23 e ss., esp. p. 30, e p. 37 e ss.

Na Alemanha: para a distinção entre “internationales Strafrecht” e “Völkerstrafrecht”, criticando o emprego da primeira, cf. KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht. Strafgesetzbuch. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, 2006, p. 2. Já D. OEHLE, *Internationales Strafrecht*, nms. 1 e ss., engloba no (super-)conceito de “internationales Strafrecht” o “direito de aplicação do direito penal” (“Strafverwendungsrecht”), correspondente ao sentido comum da expressão direito penal internacional; o “direito internacional penal material” (“materielles internationales Strafrecht”), correspondente ao direito internacional penal, que a doutrina alemã usualmente designa por *Völkerstrafrecht*; o “direito penal supranacional”; e o “direito da cooperação judiciária internacional”.

⁽⁴⁹⁾ Uma definição mais restrita é a avançada por OTTO TRÜFFERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, 1966 (apud KAI AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática* (trad. Ezequiel Malarino), 2005, p. 34) — seguida por CLAUD KREß, “Völkerstrafrecht und Weitrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshofs”, *ZStW* 114 (2002), p. 829; HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2005, p. 145; e K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, p. 78 —, para quem o direito internacional penal compreende apenas as normas internacionais que definem e punem os crimes contra o direito internacional e que gozam, como tal, de aplicabilidade imediata.

cionais para a Antiga Jugoslávia (TPIAJ) ⁽⁵⁰⁾ e para o Ruanda (TPIR) ⁽⁵¹⁾ e o Tribunal Penal Internacional (TPI) ⁽⁵²⁾.

Todavia, esta distinção não encerra uma verdadeira dicotomia, porque os conteúdos propostos para cada conceito são definidos por critérios de natureza diferente: o primeiro delimita um grupo de normas atendendo ao seu *escopo* (a aplicação da lei penal — nacional e, agora, internacional ⁽⁵³⁾ —, pelos tribunais estatais, a situações com “elementos de extraneidade”), enquanto o segundo delimita um grupo de normas atendendo à sua *fonte* (instâncias de produção normativa internacional) ⁽⁵⁴⁾. Daqui decorre que os dois domínios se sobrepõem: por um lado, o direito penal internacional de certo país pode integrar (como efectivamente acontece) normas de direito internacional penal; por outro lado, o direito internacional penal regula também, forçosamente, as condições da sua aplicação, através de normas que cumprem uma função análoga às do “direito penal internacional” estatal.

O direito internacional penal só nos interessará na medida em que concorra para a definição da jurisdição penal do Estado Português.

b) O “direito penal internacional” como “ciência”

Uma segunda concepção a merecer destaque é a proposta de Donnedieu de Vabres, que define o direito penal internacional, não como um conjunto de normas existentes em dado sistema jurídico, mas antes como “a ciência que determina a competência das jurisdições penais do Estado perante as jurisdições estrangeiras, a aplicação das suas leis criminais relativamente aos lugares e pessoas que regem, a autoridade, no seu ter-

⁽⁵⁰⁾ *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991* — ICTY. A decisão de criar o TPIAJ constava já da Resolução do Conselho de Segurança S/RES/808 (1993), de 22 de Fevereiro de 1993, mas só veio a efectivar-se com a aprovação do seu Estatuto (ETPIAJ) pela Resolução do Conselho de Segurança S/RES/827 (1993), de 25 de Maio de 1993.

⁽⁵¹⁾ *International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of the Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994* — ICTR, estabelecido pela Resolução do Conselho de Segurança S/RES/955 (1994), de 8 de Novembro de 1994.

⁽⁵²⁾ Estabelecido pelo Estatuto de Roma, de 17 de Julho de 1998 (ETPI).

⁽⁵³⁾ Cf. ANTONIO CASSESE, *International Criminal Law*, 2003, p. 15.

⁽⁵⁴⁾ Neste preciso sentido, cf. L. BARRETO XAVIER, p. 51.

ritório, dos juízos repressivos estrangeiros” ⁽⁵⁵⁾. Enquanto *ciência*, o direito penal internacional fica subtraído ao arbítrio dos legisladores nacionais e passa a ambicionar mais do que a simples prevenção e resolução de conflitos através de critérios “particulares” e “egoístas” ⁽⁵⁶⁾; dar “bases racionais” ao “sistema de competência criminal nas relações internacionais” ⁽⁵⁷⁾, de maneira a que se estabeleça, progressivamente, uma harmonização das normas que regem, nas diversas ordens nacionais, os conflitos de leis e jurisdições ⁽⁵⁸⁾, eventualmente reforçada por uma jurisdição internacional ⁽⁵⁹⁾, para assim se poder alcançar a “ubiquidade da repressão” ⁽⁶⁰⁾.

A mudança de perspectiva é importante, porquanto Donnedieu de Vabres pretende superar a pulverização dos “direitos penais internacionais” estatais, exclusivamente ordenados à protecção dos interesses particulares de cada Estado ⁽⁶¹⁾, através da investigação, decantação e estabelecimento de regras verdadeiramente internacionais (*sc.*, de direito internacional), que, logrando o reconhecimento dos Estados, conduzirão à “harmonia”, traduzida na redução de conflitos e na ubiquidade da repressão.

c) Apreciação

O objecto do presente estudo não é, primordialmente, investigar os conflitos (de soberanias, de jurisdições ou de leis) e os modos da sua prevenção e resolução, mas sim *identificar a jurisdição penal do Estado*, tomando como referência o exemplo português. É certo que, na configuração desse poder e do ordenamento daí resultante, o Estado não pode

⁽⁵⁵⁾ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Principes*, p. 3 (cf., também, do mesmo A., *Introduction*, p. 6, e *Traité Élémentaire de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée*, p. 926).

⁽⁵⁶⁾ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Principes*, p. 357.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 356.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 367 e ss., esp. p. 383 e ss.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*, p. 389 e p. 402 e ss.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, p. 389 e *passim*.

⁽⁶¹⁾ Como ainda discorre, meio século depois, C. LOMBOIS, nm. 12: “Unilateralmente, cada sistema repressivo fixa as suas próprias regras na matéria. (...) Quanto à regra francesa de competência repressiva internacional, ela determina, unicamente, a esfera de aplicação da lei francesa e, fora dessa esfera, desinteressa-se de saber que outra lei poderia ser competente, pois desinteressa-se da situação”.

ignorar o facto de pertencer a uma comunidade internacional, e, consequentemente, de se encontrar sujeito a regras heterónomas que os condicionam. É verdade, também, que a própria existência dessa comunidade implica potenciais conflitos de leis e de jurisdições, que por isso se tornam em parte estrutural do nosso problema. Não negamos, enfim, que tais conflitos carecem de uma regulação, abrindo por isso o campo a um corpo de normas que pode designar-se, com propriedade, direito penal internacional, ou, até, a uma disciplina científica com o mesmo nome, na esteira da proposta de Donnedieu de Vabres. Porém, trata-se aí de questões secundárias (consequenciais) relativamente ao nosso tema.

Com efeito, a determinação das esferas da jurisdição penal e do âmbito de aplicabilidade da lei penal não se *reduz* ao conjunto de regras que comandam o tratamento das situações com “elementos de extraneidade”⁽⁶²⁾. De jeito impressionante: a jurisdição do Estado Português sobre (e a aplicabilidade da lei penal portuguesa a) um crime cometido por um cidadão português, contra um compatriota, em território nacional, pode(m) não suscitar um problema de direito penal internacional⁽⁶³⁾ — mas carece(m), também ela(s), de *instituição* e de *justificação*⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ Mais próxima da perspectiva que preferimos está a formulação de J. PEDRO MARTINS, p. 42 e ss., que entende o “direito penal internacional” como o “conjunto de princípios e normas que deplham a esfera de competência e jurisdição penal de cada estado na sociedade internacional, e determinam as condições de cooperação dos Estados na repressão dos crimes”. Note-se, porém, que, embora esta definição desvincule o direito penal internacional dos “elementos de extraneidade” do facto, o A. não deixa de enquadrar todo o problema sob o nome “competência penal internacional da lei portuguesa” (italicos nossos), que subdivide em “competência territorial” e “competência extra-territorial”.

⁽⁶³⁾ Peremptoriamente neste sentido, C. LOMBOIS, nm. 17, e I. FERREIRA LEITE, p. 192 e ss. e *passim*. Em sentido diverso, A. HUET / R. KOERING-JOUIN, p. 24 e s., notam que “um problema penal pode surgir no plano internacional mesmo que uma infracção não comporte um elemento de extraneidade” sempre que um Estado “esteja obrigado por uma ‘norma supranacional’ que prime sobre o seu direito penal interno”, advogando por isso um entendimento lato da expressão direito penal internacional como o “ramo de direito que regula o conjunto dos problemas penais que se põem no plano internacional”.

⁽⁶⁴⁾ Tampouco podemos acompanhar a recente proposta de K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, p. 2, nm. 2, de designar o conjunto das normas que nos interessam como “transnacionalmente correcto” (*ibidem*, nm. 3 e ss.) — sc.: como um problema de determinação da esfera de aplicabilidade da lei material —, a palavra transnacional continua a referir-se aos “elementos de extraneidade”, sendo por isso susceptível das mesmas críticas que dirigimos à expressão direito penal internacional.

Assim, uma de duas: ou a expressão “direito penal internacional” pretende significar um direito de prevenção e resolução de conflitos (de soberanias, de leis, de jurisdições) relativamente a factos com “elementos de extraneidade” — e, nesse caso, retrata apenas, e de um ângulo particular, um segmento do nosso objecto; ou pretende traduzir, mais amplamente, o direito de determinação de competências que nos propomos tratar — e, nesse caso, o nome não é adequado, porque tal direito não é necessariamente “internacional”, nem quanto à fonte, nem quanto ao escopo.

Cremos, por isso, que a razão assiste a Eduardo Correia, ao escrever que “o problema *fundamental* do direito internacional penal continua a ser o da competência positiva de um certo sistema jurídico-penal”⁽⁶⁵⁾. Fundamental no sentido de radical, de problema que precede todos os outros, pois só o estabelecimento da anatomia dessa “competência positiva” (sc.: da jurisdição penal do Estado e do âmbito de aplicabilidade da sua lei) permite compreender o papel específico de cada uma das regras que lhe dão corpo.

4. Jurisdição prescritiva, jurisdição judicativa e âmbito de aplicabilidade da lei penal

Depois de definirmos o conceito de jurisdição em matéria penal como o *poder legítimo de determinar (em abstracto e em concreto) as condutas criminalmente relevantes*, podemos avançar duas concretizações do mesmo, adaptando-lhe as especificações *jurisdiction to prescribe / jurisdiction to adjudicate*⁽⁶⁶⁾ comuns na literatura anglo-saxónica.

⁽⁶⁵⁾ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias)*, I, 1963, p. 165 (italicos no original; a referência ao direito internacional penal é certamente um *lapsus calami*, pois o excerto citado encerra o ponto 37, dedicado ao “sentido do problema da lei criminal no espaço”, onde se discute “a problemática do direito penal internacional (em sentido amplo)” (*ibidem*, p. 164; italicos no original); em sentido próximo — provavelmente por influência da atenção que vem dedicando ao problema homólogo (J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito*, p. 7, p. 14 e ss. e *passim*) da eficácia temporal das leis —, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais*, 2003, p. 257 e ss.; e K. AMBOS, *Internationales*, p. 2, nm. 3 e ss.

⁽⁶⁶⁾ Atendendo ao problema que escolhemos para objecto deste estudo, não se justifica estender a presente introdução à *jurisdiction to enforce*. Há, todavia, quem distinga apenas entre a jurisdição prescritiva e a jurisdição executiva, englobando na última, em princípio, os poderes dos tribunais de aplicar as leis: cf., por exemplo, ROGER O’KEEFE, “Universal jurisdiction. Clarifying the basic concept”, *JICJ* 2 (2004), p. 736 e s.

a) Em primeiro lugar, encontramos a *jurisdição prescritiva* ⁽⁶⁷⁾, *sc.*, o poder do Estado, ou de outra entidade legitimada para tanto, de decidir sobre as normas que ameaçam certas condutas com sanções penais e de definir o seu âmbito de aplicabilidade.

De jeito apodítico, pode afirmar-se que a jurisdição prescritiva é a potência de um sistema de normas penais (as materiais e as que lhes definem o âmbito de aplicabilidade) e que cada sistema de normas penais representa uma jurisdição prescritiva em acto ⁽⁶⁸⁾. Nesta imagem, revela-se o carácter dinâmico da jurisdição, enquanto princípio activo das decisões de um sujeito, que, por isso mesmo, vive num espaço de maior ou menor liberdade de conformação, contraposto ao carácter estático do sistema normativo, enquanto produto onde se fecha, sob a forma de regras, o sentido dessas decisões. Ou, na formulação da Câmara de 2.ª Instância do TPIAJ (pensada decerto para a jurisdição judicativa, mas aplicável, *mutatis mutandis*, à jurisdição prescritiva), “[...] jurisdiction is not merely an ambit or sphere (better described in this case as ‘competence’); it is basically — as is visible from the Latin origin of the word itself, *jurisdicio* — a legal power, hence necessarily a legitimate power, to ‘state the law’ (*dire le droit*) (...)” ⁽⁶⁹⁾.

b) Em segundo lugar, temos a *jurisdição judicativa*, que consiste no poder de definir juridicamente determinada situação concreta através da efectiva aplicação das normas pertinentes pelos órgãos legitimados para tanto ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁾ Preferimos usar a expressão jurisdição prescritiva, e não jurisdição legislativa, porque a primeira põe em relevo a sua intencionalidade específica de criação de normas de conduta; além disso, a segunda, remetendo genericamente para a *função legislativa*, acaba por incluir a definição dos pressupostos da jurisdição judicativa, não separando de forma tão nítida as duas dimensões: cf. *infra* no texto, b).

⁽⁶⁸⁾ O que não significa que o domínio sob a jurisdição penal do Estado seja definido, exclusivamente, pelas normas de comportamento promulgadas no exercício dessa jurisdição prescritiva: vd. *infra*, Parte II.

⁽⁶⁹⁾ ICTY, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Dushko Tadic*, Case N.º IT-94-1-AR72, A. Ch., de 2-10-1995, nn. 10, in ALC-I. *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993-1998*, 1999, p. 38.

⁽⁷⁰⁾ Cf. também J. BAUMANN, p. 48, restringindo embora o conceito de *Gerichtsbareit* à actividade propriamente jurisdicional de “concretização do direito”; cf. já a seguir no texto.

Dentro deste conceito amplo, que nos remete para funções estatais de natureza diversa (não necessariamente *jurisdicional*, e também por isso preferimos aquela expressão à mais corrente “competência dos tribunais”), interessar-nos-á, em particular, o poder de conhecer da violação das normas penais substantivas titulado pelo Ministério Público e pelos tribunais, com vista à eventual aplicação das reacções ali previstas ao agente, ao qual chamaremos *jurisdição judicativa sancionatória* ⁽⁷¹⁾.

Ora, por quanto fomos expondo nesta Introdução, rapidamente se compreenderá que o que interessa ao problema da jurisdição não é o modo como aqueles órgãos efectivamente verificam a violação das normas, mas antes as *condições* a que essa verificação está sujeita. Numa palavra, importa-nos aqui o poder legislativo de definir, em abstracto, os *pressupostos da jurisdição judicativa*, o qual não se traduz na prescrição de deveres nem na concreta determinação do seu incumprimento, mas que desempenha um papel fundamental na articulação de ambas, pois é através dele que se liga a violação de uma norma penal ao exercício concreto do *ius puniendi*.

Assim, ao longo deste trabalho, a expressão “jurisdição judicativa” refere-se, na verdade, às condições do seu exercício, e não propriamente ao conteúdo da função que designa.

⁽⁷¹⁾ Para além da jurisdição sancionatória, temos ainda a jurisdição adjuvante (o poder-dever de prestar auxílio judiciário em matéria penal a outros Estados ou entidades internacionais), a jurisdição de execução das reacções criminais (o poder-dever de tomar certas decisões relativamente à situação de um condenado) e a jurisdição de protecção (categoria residual que consiste no poder-dever de tomar decisões em matéria penal não incluídas nas anteriores, legalmente reservado aos tribunais para uma melhor protecção dos direitos individuais).

PARTE I

O FUNDAMENTO DA JURISDIÇÃO PENAL
DO ESTADO

1.º CAPÍTULO

A JURISDIÇÃO PENAL COMO ATRIBUTO DA SOBERANIA?

§ ÚNICO. O PROBLEMA

1. A jurisdição penal, tal como a concebemos, traduz-se em três poderes essenciais: decidir do carácter criminal de uma conduta, promulgar as consequentes normas penais e respectivas regras de aplicabilidade, e verificar as violações das mesmas, aplicando as penas aí previstas aos agentes que as praticarem ⁽⁷²⁾.

É sabido que a "grande reviravolta" ⁽⁷³⁾ provocada pelo surgimento do Estado moderno ⁽⁷⁴⁾ teve por consequência a sintetização e concentra-

⁽⁷²⁾ A segmentação de três elementos do *ius puniendi*, por aquela ordem, não esconde a íntima ligação que entre eles existe, nem a necessidade de, numa outra perspectiva, compreender o *ius puniendi* (também) no sentido reverso. Com efeito, a decisão (política) de atribuir natureza criminal a um facto actualiza-se, precisamente, *através* de normas que definem os pressupostos de aplicação da pena (o facto propriamente dito, o âmbito real abarcado pela proibição e as condições da sujeição do facto à actuação das autoridades judiciárias), cuja eficácia preventiva depende, obviamente, da possibilidade da sua efectiva realização.

Não incluímos ali o poder de executar as reacções penais aplicadas pelos tribunais (jurisdição executiva, *jurisdiction to enforce*), porquanto embora ele constitua o último estágio (lógico e cronológico) do exercício do *ius puniendi* num Estado de direito, já não contribui para a definição jurídica da punição cabida ao facto.

⁽⁷³⁾ LUIS CABRAL DE MONCADA, *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, II, 2004, p. 206.

⁽⁷⁴⁾ Ou, em rigor, do Estado *tout court*, sob pena de redundância: cf. ERNST KERN, *Moderner Staat und Staatsbegriff*, 1949, p. 49 (*apud* JURGEN DENNERT, *Ursprung und Begriff der Souveränität*, 1964, p. 3, nota 1); e, por último, ANTONIO M. HESPAÑHA, "O debate acerca do Estado moderno", *working paper* 1/99, *Working papers da FDUNL*. Cf. todavia JOSÉ MATTOSO, "1096-1325", in *História de Portugal* (dir. José Mattoso). Segundo

ção da generalidade dos poderes públicos — até aí desmembrados e repartidos pelos vários estratos da pirâmide feudal — na figura do Estado soberano, cuja consumação institucional se fixa, usualmente, na Paz de Vestefália. Desde então — e independentemente da posição que se tome na querela sobre o pretensão declínio da importância jurídico-política do Estado na cena internacional, durante os últimos cinquenta anos, em favor de outros actores (organizações internacionais e regionais, supra ou trans-estatais, ou mesmo a “comunidade internacional”) ⁽⁷⁵⁾ —, não parece discutível que é nele que encontramos o principal titular da jurisdição penal ⁽⁷⁶⁾. Daí que ela seja correntemente vista como um atributo da

Volume. A Monarquia Feudal (1096-1480), 1993, p. 269, referindo-se aos dois primeiros séculos da monarquia portuguesa: “[o] Estado moderno não existe ainda: está em formação. Isto não quer dizer que seja ilegítimo usar o termo ‘Estado’ para designar o poder monárquico antes do século XIV. De facto, pode ser considerado, mesmo então, como um poder político superior e englobante, cuja autoridade é reconhecida pelos restantes detentores de poderes públicos ou privados, qualquer que seja a maneira como partilha com eles essa mesma autoridade”.

⁽⁷⁵⁾ A ideia da chamada “crise do Estado moderno” não é tão recente como por vezes se julga: vd. logo em 1961, com uma actualidade impressionante, a síntese oferecida por LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, I, 2004, p. 239 e s.: “(...) sabido que este Estado [o Estado moderno] está atravessando hoje uma dupla e grave crise, ao mesmo tempo de ordem interna e externa — resultado de um conluio de forças simultaneamente centrifugas e centrípetas que o ameaçam —, poderá ele vencer essa crise, internamente, só por meio de uma simples reforma das suas estruturas políticas, demitindo-se de muitas das finalidades que até aqui se têm proposto, em benefício de outros grupos menores, sem assumir novas finalidades, sobretudo económicas? Por outro lado: poderá ele vencer a crise que também do exterior o assalta, deixando-se atrair noutras órbitas, sem deixar de existir; ou então subtraindo-se aos constantes sacrifícios da sua soberania que hoje cada vez mais, como conta a pagar, lhe são impostos pela convivência no plano internacional? Eis aí outra grave questão. Toda a temática e problemática do estado moderno, no ponto de vista filosófico, se acham, segundo cremos, contidas nestas perguntas. O resto será só técnica”. Cf. também, com interesse, FRANCISCO LUCAS PIRES, “Soberania e autonomia”, *BFDUC* 50 (1974), p. 151 e ss. (embora com uma visão diversa — porventura oposta — das vias para a superação da “crise” do Estado moderno e da soberania).

Mais recentemente, sobre a crise e o estatuto actual da ideia de soberania no campo da ciência política, vd. MICHAEL ROSS FOWLER / JULIE MARIE BUNCK, *Law, Power, and the Sovereign State. The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty*, 1995, e BERTRAND BADIE, *Um Mundo sem Soberania. Os Estados entre o Artífício e a Responsabilidade* (trad. Armando Pereira da Silva), 2000.

⁽⁷⁶⁾ Assim, escrevia EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* I, p. 10, em 1963: “[o] Estado é hoje o titular único do ‘ius puniendi’ (...)” (itálicos no original).

soberania ⁽⁷⁷⁾ e, enquanto domínio exclusivo, um dos mais importantes, no confronto com outros actores da cena internacional ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁾ Paradigmaticamente, e insuspeita de qualquer “soberanismo”, MIREILLE DELMAS-MARTY, “The European Union and penal law”, *ELJ* 4-1 (1998), p. 87: “the right to punish, a monopoly of the State is undoubtedly the most prominent mark of national sovereignty”.

De tão usual, esta ideia nem carecia de maior ilustração; mas apontemos, ainda assim, alguns exemplos colhidos na doutrina portuguesa. Para J. PEDRO MARTINS, p. 66, a dimensão territorial da competência penal do Estado “deriva imediatamente” da sua soberania territorial (p. 66), já que a “lei penal é uma das expressões mais características da soberania do Estado” (p. 80; cf., também, *ibidem*, p. 74); e a dimensão extraterritorial, à qual “a soberania não pode dizer-se absolutamente estranha quando o crime seja praticado por portugueses, filia-se principalmente ou num princípio de conservação, de defesa directa contra ataques às condições de existência da sociedade portuguesa ou na conveniência de obstar a que os delinquentes fiquem impunes” (p. 66). Segundo CAEIRO DA MATTA, *Direito Criminal*, II, p. 59, “[c]om fundamento na soberania de cada estado, dentro do seu território, reconhece-se geralmente o império absoluto da lei penal para a punição de todas as infracções cometidas na área territorial, sem distinção entre nacionais e estrangeiros. A lei, expressão da soberania, póde e deve aplicar-se onde quer que a soberania se exerça”. Em sentido idêntico, FURTADO DOS SANTOS, p. 161, “[o]s Estados, no exercício dos seus direitos de soberania, aplicam as leis penais às pessoas, durante o tempo da sua vigência e em certo espaço” (itálicos no original) e M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal* 1981, p. 130: “o direito de punir é um direito fundamental da soberania do Estado de que este, em princípio, não pode prescindir, de outra forma aceitaria uma dependência inadmissível relativamente a Estados estrangeiros”. De acordo com J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, p. 6, o *ius puniendi* é o “poder punitivo do Estado resultante da sua soberana competência para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas”. No mesmo sentido, L. BARRETO XAVIER, p. 55: “[d]ecorrendo o poder de punir directamente da soberania do Estado, os valores e interesses que este assume como seus têm primazia no Direito Penal Internacional”. Para MARIA LUISA DUARTE, “Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia — a propósito do Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005”, *RFDUL* 46-1 (2005), p. 363, “o exercício do *ius puniendi* é uma prerrogativa básica de soberania política”. E, por último, I. FERREIRA LEITE, p. 210 e s.: “[a] jurisdição decorre da relação de soberania entre o Estado e os seus elementos constitutivos (...) configurando-se, tal como o poder punitivo, como um atributo essencial da soberania”. Chamando já a atenção para a necessidade de uma “reformulação do conceito de soberania estadual e do exercício do *ius puniendi*”, cf. todavia A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal*, p. 260 e s.

⁽⁷⁸⁾ A assunção de poderes em matéria penal por parte de uma entidade internacional, ou mesmo de outros Estados, é recorrentemente escrutinada à luz da eventual violação da soberania. Assim, e a título de exemplo: no caso *Lotus*, que analisaremos adiante, a controvérsia girou em torno da questão de saber se o procedimento penal instaurado contra o comandante desse navio pelas autoridades turcas violava a soberania do Estado Francês; na sua intervenção perante o Tribunal Militar Internacional de Nuremberga (sessão n.º 171, de

2. No entanto, a jurisdição penal parece existir também *fora* do Estado (e das entidades que tiveram, no passado, uma posição de supremacia análoga, a que chamaremos, por agora, “de tipo estatal”⁽⁷⁹⁾).

Com efeito, sabemos que as comunidades moçárabes e as comunas hebraicas e mudéjares residentes na Península Ibérica tinham estruturas judiciais próprias e aplicavam um direito penal autónomo embora se encontrassem (também) sujeitas a uma outra autoridade que se apresentava como suprema. O mesmo vale, hoje, para as tribos índias dos Estados Unidos da América. Por outro lado, os tribunais eclesiásticos aplicavam, no passado, um ordenamento jurídico-penal autónomo, disputando o *ius puniendi*, com uma pretensão de exclusividade, aos titulares do poder secular. Enfim, a União Europeia e a Comunidade Europeia, bem como o Conselho de Segurança das Nações Unidas e certos organismos subsidiários por ele instituídos, parecem arrogar-se poderes de jurisdição em matéria penal sobre os membros das comunidades estatais, que se impõem (e por vezes se substituem) aos Estados.

Importa, pois, averiguar se estas entidades são (ou eram) dotadas, efectivamente, de jurisdição penal (ou de alguns dos poderes aí contidos). Se assim for, não sendo elas “soberanas”⁽⁸⁰⁾, teremos de admitir uma de duas possibilidades: ou o *fundamento* da jurisdição penal é *diferenciado*, consoante se trate, ou não, de uma entidade (de tipo) estatal; ou existe um *fundamento básico comum* a todas elas, que não radica na soberania.

4 de Julho de 1946), o Prof. Jahrreiss sustentou que a responsabilidade criminal individual por violações do direito internacional — e, portanto, os poderes jurisdicionais do Tribunal —, era(m) incompatível(is) com a ideia de soberania (do Estado Alemão); no caso *Tadić*, perante o TPIAJ, a defesa arguiu que a primazia conferida pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas a este Tribunal sobre as jurisdições nacionais constituía uma violação da soberania dos Estados; a generalidade da literatura que se dedica ao estudo das relações entre o direito penal e o direito europeu continua a aceitar a soberania estatal como tópico fulcral do problema; enfim, outra não foi (e não é) a discussão relativa ao impacto dos poderes do TPI sobre os Estados que não são partes no Estatuto de Roma.

⁽⁷⁹⁾ Quando nos referimos à existência de jurisdições penais fora do Estado em perspectiva histórica, não queremos limitar o alcance da afirmação à inexistência do Estado antes da modernidade (cf. *supra*, nota 74), mas significar que tais jurisdições existiam fora das estruturas políticas que tinham características e desempenhavam funções análogas às do Estado (nomeadamente, a titularidade suprema da coacção e, em termos que se pormenorizarão a seguir, a responsabilidade pela paz e a segurança geral da comunidade).

⁽⁸⁰⁾ Entendimento que é pacífico em relação a todas elas, exceptuando as tribos índias estadunidenses: cf., em pormenor, *infra*, § 2.

3. Se a jurisdição penal tem, em todos os casos citados no ponto anterior, uma função idêntica (punir as violações mais graves de determinado ordenamento jurídico através das sanções mais aflictivas à sua disposição⁽⁸¹⁾), esse é um bom indício de que o seu fundamento também será comum.

Porém, o problema torna-se mais complexo quando comparamos as entidades referidas com as entidades de tipo estatal, pois existe entre as duas espécies uma diferença de natureza que pode traduzir-se numa diferenciação do fundamento da jurisdição penal. Com efeito, as últimas gozam da prerrogativa de estabelecer os seus poderes (a chamada *Kompetenz-Kompetenz*, ou seja, na formulação cristalina de Barbosa de Melo, “o poder para fixar em cada tempo os seus fins e os meios e processos através dos quais pretendem concretizá-los”⁽⁸²⁾), cuja espécie e alcance são radicalmente (embora não absolutamente⁽⁸³⁾) indeterminados e que, por isso, não se encontram pré-definidos através de certos critérios (v. g., a sua adscrição a uma função específica, ou a factos com certa localização, ou a pessoas de certa nacionalidade, etnia ou corporação, ou a certa espécie de factos, etc.); as primeiras, ao invés, têm *sempre* poderes limitados, seja por decorrência do título em que assentam, seja por sujeição a uma entidade de tipo estatal.

Assim, sendo a *Kompetenz-Kompetenz* uma das características essenciais da soberania⁽⁸⁴⁾, poderia encontrar-se aí, precisamente, a diferença específica do fundamento da jurisdição penal *estatal*.

4. Por outro lado, a caracterização sumária das entidades referidas no ponto 2. põe em evidência uma nota comum a todas elas: salva uma

⁽⁸¹⁾ A identidade da função não impede, obviamente, variações importantes no *modo* como ela é desempenhada, tanto em perspectiva diacrónica como sincrónica.

⁽⁸²⁾ ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, “Soberania e União Europeia”, in *Temas de Integração* 7-4 (1999), p. 21.

⁽⁸³⁾ Cf. FRANCISCO LUCAS PIRES, “Competência das Competências: competente mas sem competências?”, *RLJ* 130 (1998), p. 354.

⁽⁸⁴⁾ Criticamente sobre uma oposição cortante, no domínio da integração europeia, entre “competência das competências” e “competências de atribuição”, cf. todavia F. LUCAS PIRES, *RLJ* 130 (1998), p. 354 e ss., apontando sobretudo o facto de a primeira perder o seu sentido original à medida que o titular *transfere* as suas competências para outras entidades.

excepção⁽⁸⁵⁾, elas não se perfilam em paralelo com os Estados (ou com as entidades historicamente análogas), como sucede com estes entre si, antes se *imbricam* no domínio sob a jurisdição deles, e, sejam intra ou extra-estatais⁽⁸⁶⁾, exercem os seus poderes sobre comunidades que se encontram também sob uma autoridade de tipo estatal. Ora, porque “*duorum in solidum dominium esse non potest*”, essa relação estrutural de *concorrência* implica uma tensão entre a entidade em causa e o Estado (ou organização análoga), exigindo mecanismos de *delimitação de poderes* que permitam uma coexistência suficientemente estável para o cumprimento dos programas de ambas (aquilo a que chamaremos “pontos de equilíbrio”).

É precisamente através da identificação desses mecanismos que poderemos compreender as semelhanças e diferenças entre as jurisdições de tipo estatal (*jurisdições centrais*) e as restantes (*jurisdições periféricas*): interessar-nos-á não só a imagem (“anatómica”) de cada uma delas, mas também o processo (“fisiológico”) de interacção entre elas. Prestaremos particular atenção ao modo como as jurisdições centrais se implicam nessas relações, porque esse processo funciona, do nosso ponto de vista, como revelador do fundamento da jurisdição penal das diversas espécies de entidades envolvidas e das respectivas especificidades.

5. De toda a maneira, importa antecipar algumas notas que facilitarão a análise posterior.

5.1. Toda a jurisdição central pretende regular de forma perfeita e exclusiva a matéria sob o seu domínio: a *comunidade* política supõe a vigência de regras *communis* (*sc.*, que vinculem todos os seus membros), capazes de disciplinar adequadamente a interacção social, garantindo a coesão e evitando a anomia. Para tanto, o responsável supremo pela manutenção da paz e da segurança geral (o senhor feudal⁽⁸⁷⁾, o rei⁽⁸⁸⁾, o

⁽⁸⁵⁾ Cf. *infra*, § 5.

⁽⁸⁶⁾ Preferimos os termos “*intra*” e “*extra-estatais*” a “*infra*” e “*supra-estatais*”, pois os últimos supõem já uma ideia de supremacia e subordinação que pode não valer para todos os casos.

⁽⁸⁷⁾ Cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 95.

⁽⁸⁸⁾ Outra não é a história, em Portugal, do progressivo e constante esforço de centralização do poder punitivo no rei, enquanto legislador e magistrado supremo, pelo menos a partir de D. Afonso II: cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, p. 102 e s.

Estado) precisará de prescrever comportamentos e de verificar e reprimir a violação das suas prescrições, num conjunto homogêneo que forma a jurisdição penal.

Na verdade, a multiplicação de titulares num mesmo domínio de jurisdição provoca inevitáveis conflitos e disfunções, enfraquecendo a coesão social e, em último termo, pondo em causa a capacidade daquele responsável supremo para cumprir a sua tarefa. Se este se reservasse apenas o poder de, por exemplo, promulgar as proibições penais, deixando a sua aplicação a órgãos cuja instituição coubesse, no seu se e no seu *como*, a outra entidade, ou se, inversamente, se limitasse a aplicar normas heterónomas, teria de responder pela eventual inadequação de actos e procedimentos que não controla. Daí que o dito responsável pretenda concentrar nas suas mãos todos os poderes que compõem a jurisdição penal e excluir do domínio sob sua jurisdição eventuais concorrentes, assim se estabelecendo a conhecida identidade (tendencial) entre *forum* e *ius* no direito penal: *as normas penais e os órgãos que as aplicam tendem a proceder da mesma autoridade*.

Tudo o que nos permite enunciar a seguinte lei: a jurisdição penal, com todos os seus poderes (*concentração*), tende a competir ao responsável máximo pela manutenção da paz e da segurança *geral* de uma certa comunidade (*supremacia*), que tende a não admitir concorrentes que lhe prefiram no respectivo domínio (*exclusividade*).

5.2. Há porém, como vimos, certas entidades a quem não cabe aquela responsabilidade e que parece deterem poderes de jurisdição em matéria penal. Como virtualmente todos os grupos humanos se encontram sujeitos a uma jurisdição central (hoje corporizada no Estado), aquelas jurisdições periféricas têm que alojar os seus poderes (ainda que limitados) no mesmo domínio, estabelecendo-se por essa via modelos diferenciados de coabitação — a qual nunca é totalmente pacífica, antes é impregnada por uma relação de contínua tensão entre as duas espécies. Isto porque as jurisdições periféricas, não tendendo, de forma necessária, à concentração de poderes, requerem, também elas, dentro dos seus limites, uma *exclusividade* (ou, ao menos, uma *prevalência*) sem a qual não são poder, nem, consequentemente, verdadeira jurisdição.

A discussão sobre o papel das jurisdições periféricas no confronto com as jurisdições centrais tem ganho um relevo acrescido em virtude da “crise da soberania” e da correlativa “desestatalização” de certas funções

públicas. Com efeito, num momento em que a soberania perdeu a intangibilidade e o prestígio de que se revestiu até à II Grande Guerra, enquanto afirmação da *independência* dos povos constituídos em Estado ⁽⁸⁹⁾ — vindo o seu valor progressivamente depreciado em benefício de outros interesses (os interesses da “comunidade internacional”, os direitos humanos ⁽⁹⁰⁾, a integração económica transnacional ⁽⁹¹⁾, etc.), ou passando a ser olhada com ceticismo ⁽⁹²⁾, ou mesmo desconfiança ⁽⁹³⁾ —, o debate que se trava a propósito da “repartição” (*rectius*: da arrumação) da jurisdição penal entre o Estado, de um lado, e a “comunidade internacional” ou organiza-

⁽⁸⁹⁾ Vd. F. LUCAS Pires, *BFDUC* 50 (1974), p. 151 e ss.

⁽⁹⁰⁾ Radicados já, porventura, numa “cidadania transnacional” (WŁADIMIR BRITO, p. 229 e ss.).

⁽⁹¹⁾ Paradigmático, KENICHI OHMAE, *The End of the Nation State: The Rise of Regional Economies*, 1995.

⁽⁹²⁾ Vd., por exemplo, num plano filosófico, a crítica de JACQUES DERRIDA, *A Unidade sem Condição* (trad. Américo L. Diogo), 2003, p. 17: “[a] desconstrução do conceito de soberania incondicional, é necessária sem dúvida (...). No caso mais notório da pretensa soberania dos Estados-nações, um entre outros e muitos (...), o valor da soberania encontra-se hoje em plena decomposição”, assim procurando dissociar, no seu jeito singular, a “incondicionalidade do pensamento” da “soberania enquanto princípio de poder” (para uma análise de Derrida sobre a soberania e, em particular, do seu estudo *Inconditionalité ou souveraineté*. *L'Université aux frontières de l'Europe*, 2002, vd. VANGHÉLIS BRISORIS, “De la souveraineté à un au-delà du cosmopolitisme”, in Fernanda Bernardo (coord.), *Derrida à Coimbra / Derrida em Coimbra*, 2005, p. 423 e ss.; e FERNANDA BERNARDO, “Souveraineté’s — ou la déconstruction de la souveraineté”, *ibidem*, p. 441 e ss., esp. p. 486 e ss.); de entre os restantes artigos contidos na obra, onde se coligem as actas do Colóquio Internacional de Filosofia (2003) subordinado ao tema “La Souveraineté. Critique, Déconstruction, Apories. Autour de la Pensée de Jacques Derrida”, destaque-se por último GEOFFREY BENNINGTON, “La souveraineté défailante”, *ibidem*, p. 131 e *passim*, para quem o falimento (“défaillance”) da soberania é um elemento essencial do próprio conceito: “[l]e dirai, donc, que si évidente que soit aujourd’hui la défaillance de la souveraineté, cette défaillance a été là dès le départ, que la souveraineté a toujours déjà commencé à défailir”, em sentido próximo, B. BADIE, p. 92 e ss., e *passim*.

Cf. todavia, em sentido diverso, “reabilitando”, no plano da ciência política, a utilidade da noção de soberania, M. FOWLER / J. BUNCK, p. 146 e ss. e *passim*.

⁽⁹³⁾ O requisito a favor da “internacionalização” (normativa e institucional) do direito penal faz-se, em grande parte, sobre a ideia de que a soberania dos Estados favorece a impunidade das violações mais graves dos direitos humanos: vd., entre muitos, A. CASESE, *International*, p. 3 e ss.; para uma visão crítica deste discurso (sobretudo no que diz respeito à instituição do Tribunal Penal Internacional), MICHAEL P. SCHARF, “Justice versus Peace”, in Sarah B. Sewall / Carl Kaysen (eds.), *The United States and the International Criminal Court. National Security and International Law*, 2000, p. 179 e ss.

ções políticas regionais, de outro, tem privilegiado o tópico da soberania e a polaridade “soberanismo” / “anti-soberanismo”.

Ora, propomo-nos mostrar que essa é uma forma errónea de pôr o problema. A compreensão do fundamento da jurisdição penal — e, portanto, a da sua arrumação — não passa pela soberania, nem pela sua eventual decadência ou transformação. Bem diversamente, há que pensar o problema a partir da natureza e amplitude da *responsabilidade* ⁽⁹⁴⁾ que incumbe a cada entidade perante a comunidade sob o seu domínio e dos *meios* (normativos, institucionais e pragmáticos) de que dispõe para dela se desempenhar — monumentos com alicerces mais fundos, que não são meros *corolários* de um dispositivo que lhes serve apenas, e só no caso do Estado, de mediador.

Para tanto, examinaremos, no capítulo seguinte, alguns exemplos de jurisdições não estatais, procurando estabelecer uma relação entre a amplitude dos seus poderes, o modo como eventualmente têm de coabitar com uma jurisdição central e a maior ou menor responsabilidade que lhes incumbe perante as respectivas comunidades. O objectivo deste exercício é mostrar que o fundamento da jurisdição penal estatal não se encontra na soberania, antes é comum a outras entidades (não-soberanas), e que, portanto, o *facto* de ser na figura do Estado que se realiza a forma mais perfeita de jurisdição penal não se explica através da soberania, mas sim da *natureza única* da sua responsabilidade perante a comunidade sob o seu domínio.

6. Antes de passarmos ao estudo das jurisdições penais não-estatais, convém dilucidar um problema que, podendo estar presente também aí, não as coenvolve de forma necessária.

Em regra ⁽⁹⁵⁾, o responsável pela paz e a segurança de uma comu-

⁽⁹⁴⁾ A forma como encaramos a questão aproxima-se, de algum modo, da concepção de B. BADIE, p. 235 e ss. e *passim*, sobre a responsabilidade como alternativa substancial à soberania; porém, diferentemente do A., privilegiamos no texto a assimetria entre a responsabilidade das jurisdições centrais e a das jurisdições periféricas, introduzindo uma diferença que nos parece ser qualitativa e, como tal, insusceptível de dissolução na interação entre elas.

⁽⁹⁵⁾ Ressalvam-se os casos de cooperação judiciária internacional — *maxime*, a extradição (passiva) e a entrega, a um tribunal internacional ou a um tribunal de um Estado-membro da União Europeia, nos termos do mandato de detenção europeu — onde

nidade quer julgar, nos seus tribunais, os factos praticados no domínio sob a sua jurisdição ⁽⁹⁶⁾, mas nem sempre o faz de acordo com o seu direito substantivo, existindo alguns desvios — estatisticamente excepcionais — em relação à lei da *concentração*. Referimo-nos às situações de cisão entre *forum* e *ius*, em que o titular da jurisdição judicativa ordena aos seus tribunais a aplicação de um direito heterónimo (*sc.*, de que não é o fautor).

Não nos ocuparemos aqui da situação inversa — *sc.*, da situação em que uma entidade ordena a aplicação do seu direito, ou de um ordenamento terceiro, a uma *outra* entidade — porque ela só pode verificar-se quando a mandante seja uma entidade não-estatal, e será tratada no local próprio ⁽⁹⁷⁾. Com efeito, as duas formas de cisão têm pressupostos jurídico-políticos muito diferentes: no primeiro caso, a mobilização da norma alheia como instrumento de valorização de certo facto não impõe qualquer dever à entidade que a promulgou, ao passo que o segundo caso supõe um dever de obediência ou reconhecimento por parte da entidade que recebe a ordem. Esta diferença explica que, na primeira hipótese, seja irrelevante o estatuto jurídico-político do titular da jurisdição judicativa (*v. g.*, um Estado, ou um tribunal internacional penal) e a natureza (interna ou internacional) da norma mobilizada, mas já não assim na segunda, onde o Estado não pode ser o autor da ordem, mas apenas o seu destinatário, porque a sua autoridade não pode vincular *unilateralmente* os tribunais penais de outros Estados ⁽⁹⁸⁾ nem os tribunais penais internacionais.

os interesses ligados à jurisdição judicativa adjuvante devam prevalecer sobre o exercício concreto da jurisdição judicativa sancionatória.

⁽⁹⁶⁾ Assim, também, HANS-HENRICH JESCHECK / THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, p. 165, com diferenças apenas de terminologia.

⁽⁹⁷⁾ *Infra*, § 5.

⁽⁹⁸⁾ Aparentemente, a organização jurídico-judiciária da Alemanha, enquanto Estado vencido, entre 1945 e 1956, constituiria uma excepção à regra proposta. Durante esse período (K. AMBOS, *Internationales*, p. 92 e s.; limitando a eficácia temporal da lei ao período entre 1945-1950, cf. todavia H.-H. JESCHECK / T. WEIGEND, p. 121), vigorou a *Control Council Law* n.º 10, de 20 de Dezembro de 1945 (*Official Gazette of the Control Council for Germany*, 3 (1946), p. 50 e ss.), emanada pelo *Control Council* aliado, que estendeu aos tribunais militares aliados e, mediante a transferência de poderes prevista no seu art. 3.º, n.º 2, aos tribunais alemães, a jurisdição sobre os crimes constantes do Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberga (ETMN) (sobre todo o ponto, cf., também, M. HENZELIN, p. 405 e s., com indicação de bibliografia).

Se se entender, com a jurisprudência de Nuremberga, que a Lei n.º 10, enquanto derivado do ETMN, se limitava a ordenar aos tribunais alemães a aplicação do direito internacional que já vinculava, durante a Guerra, os acusados, não pode ver-se ali o resul-

6.1. Durante certo período da história, a descontinuidade entre *forum* e *ius* parece ter sido estrutural: referimo-nos ao período da Alta Idade Média, onde o aparelho judiciário do rei ⁽⁹⁹⁾ aplicava, não a sua lei, mas

tado do exercício de uma jurisdição prescritiva (sobre a diferença entre a jurisdição prescritiva e a mera indicação, pelo legislador, do direito aplicável pelos tribunais, cf. *infra*, § 5). Nesse contexto, a cisão entre *forum* e *ius* (aplicação pelos tribunais estatais de um direito heterónimo) não seria verdadeiramente operada pela Lei n.º 10, mas sim pelo próprio direito internacional, de que ela seria simples *confirmação*.

Se todavia se entender que o ETMN (e, reflexamente, a Lei n.º 10) previa crimes que não eram puníveis pelo direito internacional então vigente [assim, p. ex., HANS-HENRICH JESCHECK, “Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften”, *ZStW* 65 (1953), p. 500 e s.; *Id.*, *RIDPP* 14 (1971), p. 639 e ss., e *Id.*, “The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute”, *JICJ* 2 (2004), p. 39 e p. 41 e s., relativamente aos crimes de agressão e aos crimes contra a humanidade — e também, certamente, a “pertença a uma organização criminosa”, punida pelo art. 2.º, n.º 1, al. d), da referida lei, que seria uma nova incriminação na medida em que não coincidissem com a lei interna: sobre o escasso relevo desta forma típica nos chamados “*Nürnberger Nachfolgeprozesse*”, cf. K. AMBOS, *Partie General*, p. 81] e constituía, portanto, *lei nova*, terá de concluir-se que a Lei n.º 10 correspondia ao exercício de uma verdadeira jurisdição prescritiva, que decide sobre a natureza criminal de certos factos e instaura novas incriminações. Ainda assim, neste caso, notar-se-á que tal poder se *legitimava* (entenda-se: no plano jurídico-internacional, não necessariamente no plano jurídico-penal, dado que, então, tratando-se de lei *estatal* nova, a sua aplicação não seria compatível com o respeito pelo princípio da legalidade, na sua dimensão de proibição de retroactividade desfavorável: H.-H. JESCHECK / T. WEIGEND, p. 120) através da *acquiescência* do Estado alemão, implícita na rendição incondicional de 7 de Maio de 1945, ou, muito simplesmente, através dos direitos que assistiam às potências ocupantes (M. HENZELIN, *ibidem*, p. 405).

Em conclusão, pode afirmar-se que nenhuma das hipóteses constitui verdadeira excepção à regra enunciada em texto, pois em nenhuma delas se verifica uma subordinação Estado-Estado unilateralmente determinada.

⁽⁹⁹⁾ O sistema pessoal vigente neste período referia-se apenas à lei aplicável, não à competência judiciária, que era certamente territorial — os tribunais do rei conheciam dos factos praticados no seu território: cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 73 e s., dando os francos como *exemplo*. Se aceitarmos a tese tradicional de que o Breviário de Alarico recolhia o *corpus* jurídico aplicável apenas à população romana (cf. *infra*), diremos que as conclusões alcançadas pelo A. em relação aos francos valem também, com grande probabilidade, para os visigodos; naturalmente que, para este efeito, não importa se os juizes eram hispano-romanos étnicos (NUNO E. GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes de Direito*, 3.ª ed., 2000, p. 88), mas sim o facto de serem *comites*, apontando para a inexistência de um poder autónomo da população romana sobre a instituição, composição e modo de funcionamento dos tribunais perante os quais responde (ao invés do que sucedeu em outros modelos que estudaremos adiante: cf. *infra*, § 1).

Em sentido aparentemente diverso, referindo-se, de forma genérica, ao “direito germânico antigo”, F. MEILI, p. 29, sustenta que era reconhecida, como “natural”, a

a da raça (romana, lombarda, franca, visigoda, etc.) dos sujeitos (*Stammesrecht*). Naturalmente que, nesta matéria, toda a generalização é perigosa. Porém, não nos propomos aqui levar a cabo uma investigação de história do direito (dos efectivos conteúdos das ordens jurídicas), mas antes tomar como hipóteses (modelos) as construções avançadas pela doutrina especializada, aplicando-lhes o quadro conceptual que é, esse sim, o objecto do nosso estudo.

competência do "juiz pessoal" ("der heimliche Richter", cf. todavia *infra* a distinção entre *Stammesrecht* e *Heimatsrecht*, que Meili parece identificar), que aplicaria as regras processuais (nomeadamente de prova) e as sanções previstas pelo respectivo direito ("den heimlichen Rechte unterstellt"), excepto no caso de flagrante delito, onde seria competente o *Judex loci* ("der Richter des Tatortes"), que aplicaria, supomos, a *lex loci* (para uma leitura diferente deste trecho de Meili, cf. todavia I. FERREIRA LEITE, p. 49); sistema que o A. contrapõe, no mesmo passo, ao "princípio territorial" surgido com o feudalismo.

Ora, se assim fosse, a organização judiciária do período pré-feudal seria muito diversa da que é correntemente aceita, pois cada grupo rático não só viveria sob o seu direito, como teria os seus próprios tribunais (neste sentido todavia, a propósito do caso específico dos visigodos, parece inclinar-se MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português. Volume I. Fontes — Direito Público (1140-1495)*, 1981, p. 100, não sendo embora líquido se as suas considerações abarcam o direito penal: "(...) sobretudo nas relações de Direito Privado, ficou inicialmente vigorando o sistema da *personalidade do direito*: para se saber, num tribunal, qual a lei aplicável ao caso em julgamento, era preciso começar por perguntar às partes qual o grupo social e jurídico a que pertenciam, isto é, sob que lei viviam. Daí que cada povo tivesse os seus juizes (...)", itálicos no original). O que significa que o período bárbaro teria sido, não uma excepção à regra da coincidência entre *forum* e *ius*, como é usualmente apresentado (cf. I. FERREIRA LEITE, p. 50), mas uma confirmação exasperada dessa regra, não fazendo sequer sentido a pergunta ritual "*sub qua lege vivas?*" — cada tribunal aplicaria a sua lei aos membros da sua raça.

Da mesma forma, não parece de acompanhar (no plano *teorético*) a ligação entre feudalismo e territorialidade (sustentada também por J. PEDRO MARTINS, p. 21 e p. 57), dado que, ali, e salvo flagrante delito, o vassalo e o servo só podem ser julgados pelo tribunal do feudo onde *residem* (de quem são "*couchans et levans*"), que aplica a sua lei, e não pelo *Judex loci*, nem pelo tribunal do senhor a quem prestam vassalagem, dando por isso lugar a um sistema (diríamos até: aqui, sim, extremamente) pessoal — cf., em defesa desta perspectiva, as agudas considerações de H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 97 e ss. Claro que, no plano *empírico*, as condições sócio-económicas do sistema feudal e a consequente fixação da gente à terra do seu senhor tornariam pouco significativo o número de crimes "extraterritoriais", levando a que os delitos fossem efectivamente praticados (e julgados) na terra onde coincidião o nexo de vassalagem e o de residência, e é provavelmente essa conjugação de *facto* que tem induzido a ideia de que a jurisdição penal feudal era territorial.

Desde logo, há que situar este concreto sistema de personalidade da lei na sua circunstância peculiar. A autoridade política do rei era, ao menos no início deste período, muito ténue: os vários grupos "bárbaros" sucediam-se no poder sobre o mesmo território em curtos espaços de tempo, onde todavia coexistiam com uma certa permanência, na posição, ora de senhores, ora de dominados. Essa pluralidade de povos, com costumes e culturas jurídicas diferentes, residentes num mesmo espaço onde a alternância no poder era a regra, quase que impossibilita falar de uma comunidade política⁽¹⁰⁰⁾. Daí que não existisse logo uma jurisdição central capaz de impor uma lei uniforme para a população residente no território sob a sua autoridade⁽¹⁰¹⁾.

Por outro lado, o reconhecimento de um direito heterónimo era um acto de império⁽¹⁰²⁾, uma concessão ainda imputável ao poder de decidir sobre a natureza criminal de uma conduta, exercido através da remissão para um ordenamento alheio, que só vigora na medida dessa autorização⁽¹⁰³⁾: a jurisdição prescritiva do titular não se exprime *in actu* (numa norma própria), mas *in causa*, pois é ela que permite, nos termos que

⁽¹⁰⁰⁾ Se o *Stammesrecht* é "o direito de uma raça que não constitui uma unidade política" (por contraposição ao *Heimatsrecht*: JOSEPH KOHLER, *Internationalen Strafrecht*, 1917, apud H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 73, n. 3), então é indiferente se o grupo por ele regido é dominante ou dominado.

⁽¹⁰¹⁾ Na Península Ibérica, a uniformização da lei parece só se ter completado com o Código Visigótico (654), ou *Liber Iudicum*, promulgado por Recesvindo, não havendo dúvidas quanto à sua natureza territorial. Todavia, não existe consenso em relação à questão de saber se a legislação visigótica que o precedeu (nomeadamente, o *Código de Eurico* e o *Breviário de Alarico*) tinha carácter pessoal ou territorial (abrangendo indistintamente godos e romanos); sobre todo o problema e a controvérsia que à volta dele se gerou (envolvendo, entre outros, Garcia Gallo, Paulo Merêa, Álvaro d'Ors, Braga da Cruz e Sánchez-Albornoz), vd. a pormenorizada revisão crítica levada a cabo por N. GOMES DA SILVA, *História*, p. 72 e ss., com abundantes referências bibliográficas, acabando o A. por continuar a inclinar-se para a tese da personalidade, escorada agora no seguinte argumento (p. 97): fazendo-o-se fê no passo de Paulo Orósio (*Historiarum Adversum Paganus*, Liv. VII, Cap. XLIII) sobre a resignação de Ataúlio perante a "effrenata barbaries" dos godos, "[c]omo se pode aceitar que os godos tivessem adoptado a forma de vida romana, tivessem incorporado, na medida do possível, as suas instituições no ordenamento jurídico romano, se eles permaneciam na barbaries, se comportavam como bárbaros e, por força disso, não podiam obedecer, *ullo modo*, às *leges romanae*?" (interpolação nossa).

⁽¹⁰²⁾ Assim H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 71.

⁽¹⁰³⁾ Algo de semelhante se passou com o dever de aplicação do direito judaico e islâmico pelos tribunais do rei (em sede de recurso) no Portugal medievo: cf. *infra*, 2.º Capítulo, § 2.

define, a vigência da norma estranha. Esta natureza graciosa da admissão do direito alheio revela-se em dois aspectos paradigmáticos:

- Em primeiro lugar, há indicações de que os tribunais do rei aplicariam a sua lei sempre que o pleito envolvesse um membro do grupo dominante, deixando de valer aí a raça do réu como critério (provável) da determinação da lei aplicável⁽¹⁰⁴⁾. Como veremos, este limite é praticamente invariante na história posterior do problema⁽¹⁰⁵⁾.
- Em segundo lugar, a aplicação do direito estranho depende também, em alguns casos, de uma *selecção*, nesse ordenamento, das normas aplicáveis. Assim, no que diz respeito aos visigodos, se se aceitar a tese de que o *Breviário de Alarico* recolhia (todo) o direito romano aplicável (apenas) à população romana, não pode deixar de se entender que a proibição de aplicar “qualquer outra lei ou qualquer outra fórmula de direito” prevista no respectivo *comunitorium*, cuja violação se sancionava com a pena capital⁽¹⁰⁶⁾, restringia o próprio âmbito de aplicabilidade do direito romano, e não apenas os poderes dos tribunais, num acto de império que se legitimava, não só através da autoridade do rei sobre o território e todos os seus habitantes, como também da disponibilidade intrínseca (até à sua aniquilação formal, com o Código Visigótico) de um ordenamento cuja vigência autónoma exigiria um poder já inexistente⁽¹⁰⁷⁾. Neste sentido, os monarcas

⁽¹⁰⁴⁾ Essa era, em qualquer caso, a solução da Lex Burgundionum, comentada por H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 75 e s.; segundo o A., o mesmo deverá ter ocorrido, “provavelmente, no reino dos visigodos, onde também só se encontravam em presença duas raças” (contra, MÁRIO J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 2.ª ed., 1992, p. 135, para quem a analogia não possui “fundamento convincente”). Em sentido ligeiramente diferente, sugerindo que “talvez (...) fôsse de preferência aplicável em matéria criminal a lei da vítima, quando ela e conjuntamente o delinquentes pertenciam a qualquer das raças vencidas, e pelo contrário se aplicasse a do delinquentes, quando este fôsse da raça vencedora e a vítima d’alguma das raças vencidas”, J. PEDRO MARTINS, p. 56 e s.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. *infra*, II e § 2.

⁽¹⁰⁶⁾ Cf. N. GOMES DA SILVA, *História*, p. 74.

⁽¹⁰⁷⁾ Ao invés do que sucedeu com os ordenamentos judaico e mouro após a Reconquista, que, por força da sua natureza confessional, continuaram a ser “direito vivo” e mantiveram intactas as suas pretensões de aplicabilidade, necessitando de um diferente

godos também legislaram para a população romana, embora de forma indirecta⁽¹⁰⁸⁾.

Enfim, os autores não tratam, talvez por força da escassa informação disponível, dos casos em que a conduta, sendo crime perante a lei do foro, não o era na lei (pessoal) dos intervenientes, nem dos casos inversos. Este seria o teste decisivo para estabelecer uma verdadeira fractura entre *forum* e *ius*. Não custa admitir que os tribunais do rei conhecessem de factos que apenas eram crime à luz da lei de um grupo dominado. Já é menos seguro que os membros das raças dominadas pudessem praticar, entre si⁽¹⁰⁹⁾, factos que a *lex fori* considerasse crime. De toda a forma, é provável que se verificasse uma larga coincidência das *normas incriminadoras* dos vários ordenamentos e que, portanto, tais casos fossem relativamente marginais. A ser assim, o julgamento “*secundum leges et consuetudines eorum*” significaria, na verdade, uma remissão para as leis processuais e para as sanções previstas por cada um deles.

Com todas as reservas apontadas, talvez se possa concluir que, afinal, o “sistema pessoal” do direito germânico só constituía uma fractura entre *forum* e *ius* num plano político-institucional, isto é, na medida em que o titular do *forum* mandava aplicar uma lei diversa da sua; quando a lei do foro era aplicada a casos onde um outro ordenamento era também aplicável (v. g., nos pleitos mistos), não havia uma cisão *forum* — *ius*: o tribunal aplicava o direito da raça dominante (*sc.*, o *seu* direito), que também servia de regra de acção para os dominados, independentemente do que o direito deles dispusesse.

6.2. Um desvio semelhante à lei da concentração pode encontrar-se no direito estatutário italiano da Baixa Idade Média, que também é tra-

enquadramento teórico: cf. *infra*, 2.º Capítulo, § 1, II. Raciocinando dentro dos mesmos quadros, embora caracterizando o direito romano e os direitos das minorias religiosas de forma inversa à que propomos, cf. RUY DE ALBUQUERQUE / MARTIN DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, 1140-1415. I Vol., 10.ª ed., 1999, p. 426 e s.

⁽¹⁰⁸⁾ Esta dimensão da função legislativa constitui aqui, como vai dito em texto, e ao contrário do que sucede noutros modelos (cf. *infra*, 2.º Capítulo, § 1), um exercício da jurisdição prescritiva, na medida em que instaura, em certo domínio, a vigência de um ordenamento heterónimo a que já não subjaz uma pretensão de aplicação autónoma e lhe delimita a esfera de aplicabilidade.

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. *supra* no texto.

dicionalmente apontado como “amigo” da distinção entre *forum* e *ius* ⁽¹¹⁰⁾.

a) Convém notar que o princípio geral era o de que o estatuto local se aplicava a (*sc.*, *obrigava*) todos os que cometessem crimes na cidade ⁽¹¹¹⁾, sendo que alguns estatutos mais antigos até tomavam a qualidade de estrangeiro como elemento de agravação da pena ⁽¹¹²⁾.

É verdade que, num momento posterior, e por obra dos comentadores, a qualidade de estrangeiro podia obstar à *punição* pelos crimes cometidos na cidade, sem que todavia deva ver-se aí uma *inaplicabilidade* do estatuto local, nem, muito menos, uma aplicação do estatuto pessoal do estrangeiro. Com efeito, de acordo com a teoria e a *praxis* coevas, se o facto fosse incriminado pelo estatuto, mas não constituísse crime à luz do *jus commune*, estabelecia-se uma presunção elidível de que o estrangeiro (bem como, note-se, o *cidadão* há muito ausente da cidade ⁽¹¹³⁾) ignorava a proibição estatutária ⁽¹¹⁴⁾, ignorância que seria desculpável se não fosse “*crassa et supina*” e se não estivessem em jogo considerações de ordem pública (“*nisi verteretur publica utilitas*” ⁽¹¹⁵⁾).

A utilização da não incriminação dos factos pelo *jus commune* como parâmetro justificava-se, na verdade, como critério (liminar) da não censurabilidade do erro, pois tratar-se-ia de factos que não são *illicita per se*, e por isso se compreende que Bártolo lhe tenha adicionado a exigência de que o facto não fosse incriminado pela generalidade dos estatutos das restantes cidades. Nesse caso, como nota Donnedieu de Vabres, as normas em apreço (p. ex., a proibição de exportação de trigo sem autorização)

⁽¹¹⁰⁾ Cf., por todos, I. FERREIRA LEITE, p. 51 e ss.

⁽¹¹¹⁾ Cf. JOSEPH KOHLER, *Beiträge zum internationalen Strafrecht. Separat-Abdruck aus der Zeitschrift für internationale und Strafrecht, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtskräfte*, s/d, p. 233: “o poder punitivo do lugar do facto é um poder autónomo, e não derivado do direito do domicílio do agente”; F. MEILI, p. 36; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 118 e p. 137.

⁽¹¹²⁾ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 116.

⁽¹¹³⁾ F. MEILI, p. 36.

⁽¹¹⁴⁾ O erro sobre a pena aplicável (v. g., mais grave no estatuto local do que a cominada pelo *jus commune*) era irrelevante: cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 118 e s., p. 137 e p. 156 e s. Sobre as relações entre a ignorância da lei e a falta de consciência da ilicitude, cf. só JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 1969, p. 36 e s.

⁽¹¹⁵⁾ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 120, citando Gardinus.

dever-se-iam sempre a razões de ordem pública *communs*, e o erro sobre elas seria tão censurável como o erro sobre o direito comum ⁽¹¹⁶⁾.

Ora, se bem vemos, tratava-se aqui, muito simplesmente, da aplicação da *lex fori* e dos seus critérios sobre a determinação (e os efeitos) do “erro sobre a proibição” ⁽¹¹⁷⁾, embora com recurso, a título pressupponente, a um outro ordenamento, que nem pode qualificar-se como verdadeiramente heterónimo (na medida em que o *jus commune* também integrava os ordenamentos vigentes nas cidades italianas ⁽¹¹⁸⁾). Quer dizer: o afastamento da punição, em certos casos limitados, era ainda comandado, *exclusivamente*, pela lei do foro, e não por um ordenamento heterónimo, cuja aplicação se encontrava sempre arredada ⁽¹¹⁹⁾.

b) Por outro lado, os tribunais podiam conhecer de violações do estatuto local cometidas, *extra muros*, por residentes ⁽¹²⁰⁾ (personalidade activa), desde que os factos também fossem incriminados pelo *jus commune* (e não pelo estatuto da cidade onde tivessem sido cometidos), onde se havia de buscar, segundo a doutrina maioritária mais antiga, a exacta qualificação do facto e as penas aplicáveis ⁽¹²¹⁾.

Bártolo modificou esta regra num duplo sentido: por um lado, sustentou que o recurso ao direito comum só deveria ter lugar se o estatuto do foro não dispusesse expressamente no sentido da sua aplicabilidade a factos extraterritoriais (impondo, evidentemente, a aplicação das suas normas substantivas); n.ºs casos restantes, embora mantivesse o requisito da incriminação pelo direito comum, remeteu a concreta qualificação do facto e a determinação das penas para o estatuto do *locus delicti* ⁽¹²²⁾. O que

⁽¹¹⁶⁾ *Id.*, *ibidem*, p. 138.

⁽¹¹⁷⁾ No preciso sentido de que esta excepção “não pertence ao direito penal internacional, mas à doutrina do erro sobre a lei”, J. KOHLER, p. 234.

⁽¹¹⁸⁾ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 102 e ss.

⁽¹¹⁹⁾ *Id.*, *ibidem*, p. 158.

⁽¹²⁰⁾ Sobre o conceito de residência, distinguindo o *domicilium accidentale* do *domicilium originis*, e referindo as condições para que um estrangeiro se torne *continuus habitator* com efeitos jurisdicionais análogos ao segundo, cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 161 e ss.

⁽¹²¹⁾ Cuius Pistoriensis reduzia o papel do direito comum à previsão da incriminação, atribuindo ao estatuto do foro (e não ao do *locus delicti*) as restantes operações: cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 124.

⁽¹²²⁾ Esta concepção manter-se-ia na doutrina dominante posterior: cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *ibidem*, p. 166 e ss.

importava, decerto, uma aplicação limitada do direito estrangeiro — mas a correspondência essencial fazia-se com o *jus commune*, que era também direito do foro: a dupla incriminação perante a *lex fori* e a *lex loci* não era suficiente para desencadear a aplicabilidade da primeira e, por via dela, a concreta aplicação da segunda ⁽¹²³⁾.

Enfim, embora os autores mostrassem reservas em relação à aplicabilidade da lei fundada na personalidade passiva ⁽¹²⁴⁾, que não existiria no direito comum, aceitavam a validade dos estatutos que a previssem ⁽¹²⁵⁾, os quais ordenavam, nesse caso, a aplicação das normas penais da *lex fori* ⁽¹²⁶⁾.

6.3. Temos também os casos em que alguns ordenamentos jurídicos, considerando-se embora aplicáveis ao facto extraterritorial, mandam aplicar a norma substantiva (estrangeira) da *lex loci* quando ela se mostre mais favorável ao arguido ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²³⁾ J. KOHLER, p. 239, vê na aplicação do *statutum loci* uma administração supletiva da justiça penal (estrangeira), invocando o facto de a punição pelo *judex loci* precluir a punição pelo *judex domicilii* (cf., também, F. MEILI, p. 38). Não acompanhámos esta qualificação por três motivos: em primeiro lugar, porque o efeito *non bis in idem* ali implícito não afecta a aplicabilidade da norma, mas tão só a jurisdição judicante do foro (*infra*, Parte II, 2.º Capítulo); depois, porque, a ser assim, seria dispensável a exigência de que o facto fosse incriminado pelo *jus commune*; enfim, porque a administração supletiva da justiça penal supõe, precisamente, a ausência de uma conexão habilitante da *lex fori* com o facto (*infra*, Parte II, 2.º Capítulo, § 2).

⁽¹²⁴⁾ Cf. J. KOHLER, p. 240.

⁽¹²⁵⁾ A excepção, ao que parece, de BARTOLO, que os reputava nulos: cf. J. KOHLER, p. 240; e H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 139, que restringe a invalidade aos estatutos que pretendessem aplicar-se a factos extraterritoriais praticados entre estrangeiros.

⁽¹²⁶⁾ Cf. J. KOHLER, p. 240, n. 8; e H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction*, p. 176. O segundo A. indica, nesses casos, a aplicabilidade do “*statutum loci*”, e não do *statutum fori*, mas trata-se de um lapso manifesto, como se depreende da exemplificação com o estatuto de Vicenza transcrito na página anterior (“...punire et condemnare secundum formam juris statutum et ordinamentum communis Vicentiae, et in hoc habeant jurisdictionem ac si commissi fuissent in Vicentino districtu”) e da frase imediatamente seguinte (“[c]omme le juge étend sa compétence, le statut étend son application à des infractions commises hors de la cité, lorsqu’il s’agit de protéger ses citoyens”, itálicos nossos).

⁽¹²⁷⁾ Vd., p. ex., o art. 6.º, n.º 1 e n.º 2, do CP. Para uma concepção algo diversa, considerando que aplicável a título principal é a lei estrangeira, e só subsidiariamente, sendo mais favorável, a lei portuguesa, cf. I. FERREIRA LETTE, p. 401 e s. e p. 453.

As razões subjacentes a estas disposições nada têm que ver, obviamente, com a aplicação de um “estatuto pessoal”, como no direito germânico, e isto num duplo sentido: por um lado, ao contrário do que vimos suceder ali, existe uma *lex fori aplicável*, que pode ceder o passo à concreta aplicação de uma lei estranha (que será então “*competente*”); por outro lado, presta-se homenagem, não à “raça” ou nacionalidade dos intervenientes, mas sim aos interesses da previsibilidade e segurança jurídica dos indivíduos — na concepção herdada do direito estatutário —, presumivelmente mais protegidas pela aplicação da *lex loci*, a que se junta o princípio do tratamento mais favorável ⁽¹²⁸⁾, suportado no princípio estruturante da necessidade da lei penal.

Porém, esta ordem de razões deixa de valer — tal como no direito estatutário — quando estejam em causa considerações imperiosas de ordem pública ⁽¹²⁹⁾.

6.4. Por fim, temos os casos em que um Estado ordena aos seus tribunais a aplicação *directa* das normas substantivas de direito internacional penal, mesmo na ausência de normas internas homólogas que punam os crimes mais graves contra o direito internacional ⁽¹³⁰⁾. Esta cisão entre *forum* e *ius* — que, note-se, não constitui uma obrigação, mesmo que se admita a vinculação internacional do Estado à punição desses crimes — deve-se aqui ao entendimento de que essa solução protegerá os bens jurídicos em causa de forma mais eficaz ⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Conhecido também do direito intertemporal: vd. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 2.ª ed., 1997, p. 95 e ss.

⁽¹²⁹⁾ Cf. o art. 6.º, n.º 3, do CP, na parte em que se refere à al. a) do n.º 1 do art. 5.º A extensão da inaplicabilidade da *lex loci* mais favorável aos casos de “nacionalidade dupla” (art. 5.º, n.º 1, al. b)), operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro (LRevCP2007), é congruente com a não sujeição daquela regra à exigência da dupla incriminação dos factos — e sofre, por isso, da mesma ilegitimidade de que esta padece: cf. *infra*, Parte III, 1.º Capítulo, § 1, II, 6.

⁽¹³⁰⁾ Como sucede com o disposto no art. 29.º, n.º 2, da CRP.

⁽¹³¹⁾ Solução que, como veremos, não deixa de causar alguns problemas quando o Estado incorpora as ditas proibições internacionais no direito interno, sempre que as normas nacionais se afastem daquelas.

2.º CAPÍTULO

A JURISDIÇÃO PENAL DE ENTIDADES NÃO-ESTATAIS

§ 1. AS COMUNIDADES MOÇÁRABES E AS COMUNAS MUDEJAR E JUDAICA

I. As comunidades moçárabes no al-Andaluz

1. No passado, as jurisdições periféricas corresponderam, na maior parte dos casos, a fenómenos de *tolerância política e religiosa*, onde a jurisdição central autorizou certas comunidades “estrangeiras” — extranidade étnica e / ou religiosa em relação à comunidade dominante — sob o seu domínio a reger-se por normas próprias (*sc.*, pelo seu direito), aplicadas por órgãos próprios (*sc.*, compostos por pessoas por elas designadas).

Foi essa tolerância que permitiu à comunidade moçárabe cristã ⁽¹³²⁾ da Península Ibérica preservar, como “sociedade separada” ⁽¹³³⁾, o direito visigótico (*sc.*, o *Liber Iudicum* e as colecções canónicas da Espanha visigótica ⁽¹³⁴⁾) na disciplina das suas relações internas, o mesmo sucedendo com as comunidades judaicas ⁽¹³⁵⁾. De acordo com o direito islâmico, os

⁽¹³²⁾ *Mus'arab*, o que é de outra raça e se tornou árabe nos costumes, preservando embora a sua religião, distinto do *muladí*, ou convertido ao islamismo (etimologicamente, filho adoptivo: cf. JOAQUIM DE ASSUNÇÃO FERREIRA, *Estatuto Jurídico dos Judeus e Mouros na Idade Média Portuguesa*, 2006, p. 107).

⁽¹³³⁾ N. GOMES DA SILVA, *História*, p. 104; vd., também, RUY DE ALBUQUERQUE / MARTIM DE ALBUQUERQUE, p. 172.

⁽¹³⁴⁾ M. J. ALMEIDA COSTA, p. 156.

⁽¹³⁵⁾ Vd. J. ASSUNÇÃO FERREIRA, p. 110 e ss. O povo judeu, sendo um “povo do Livro”, pertence à comunidade dos crentes (*umma*) e beneficia do estatuto de *dhimie*, por oposição aos pagãos e idólatras, que não têm qualquer direito e podem ser exterminados (M. HENZELIN, p. 37 e ss.).

baseia no já citado art. 1.º, n.º 1, da Convenção da ONU para a repressão da tortura ⁽⁵⁶⁷⁾, então não poderemos deixar de aceitar que, também a este propósito, a UNTAET exerceu poderes de verdadeira jurisdição prescritiva, decidindo sobre o carácter criminal de um facto e adoptando as normas incriminadoras respectivas.

⁽⁵⁶⁷⁾ *Ult. loc. cit.*

3.º CAPÍTULO

O FUNDAMENTO MATERIAL DA JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO

§ ÚNICO. A JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO COMO ATRIBUTO DA RESPONSABILIDADE PELA MANUTENÇÃO DA PAZ E DA SEGURANÇA GERAL DA COMUNIDADE

1. O exame das jurisdições não-estatais feito no ponto anterior permite-nos tirar algumas conclusões que facilitarão a compreensão do fundamento da jurisdição penal *estatal*.

1.1. A generalidade das entidades não-estatais exercem os seus poderes sobre comunidades que coincidem com outras, entregues a entidades de tipo estatal: é o caso das comunidades de cariz religioso (moçárabe, mudéjar, judaica e católica) e de fundo étnico (as tribos norte-americanas), da comunidade dos povos participantes da integração europeia e da comunidade internacional (perante os conflitos na antiga Jugoslávia e no Ruanda). As excepções notórias a esta regra são a UNMIK e a UNTAET, cuja consideração reservaremos para depois.

Nesse contexto de *concorrência*, os poderes das jurisdições não-estatais são talhados em função da sua responsabilidade (limitada) pela segurança das respectivas comunidades, num processo onde a jurisdição central se envolve e onde desempenha um papel decisivo:

a) *As jurisdições dependentes* (outorgadas ou toleradas) sofrem desde logo uma limitação *ratione personae* — só podem exercer os seus poderes sobre os membros dessa comunidade particular —, mais explícita nos casos em que a sua natureza de privilégio é abertamente assumida pela

jurisdição central (no caso das minorias religiosas), apenas implícita e sujeita a um processo de avanços e recuos nos casos em que a autonomia provém do reconhecimento convencionalizado de uma pretensa soberania (no caso das tribos índias norte-americanas).

Neste aspecto, não deixa de ser impressionante como o estatuto pessoal marca, por formas similares, as duas espécies de jurisdições, separadas por um oceano e vários séculos. No imaginário colectivo das épocas em que surgiram, mouros e índios representavam o inimigo, não um qualquer inimigo, mas aquele a quem se conquistou a terra durante séculos de lutas sangrentas. Noutro plano, num período em que a religião incidia sobre todos os aspectos da vida social e política, os judeus carregavam consigo o estigma do deicídio. O que significa que judeus, mouros e índios — renitentes, além do mais, à integração na cultura dominante ⁽⁵⁶³⁾ — são um outro *antagónico*, que, salvo se expulso ou eliminado, é também um outro *inevitável*, na sua alteridade e na sua presença.

Tudo o que será suficiente para compreender que o privilégio e a relativa autonomia não são concedidos em função da religião, ou da etnia ⁽⁵⁶⁴⁾, mas sim em benefício de uma *unidade política* ⁽⁵⁷⁰⁾ (a comuna e a tribo), cuja conformação jurídica compete ao rei ou à Federação ⁽⁵⁷¹⁾, segundo os seus interesses próprios. Assim, não cabendo fazer aqui um juízo sobre as razões profundas dessa concessão, para o qual nos não encontramos habilitados, é um facto objectivo que a atribuição da responsabilidade pela prevenção e repressão dos crimes praticados dentro das respectivas comunidades àqueles organismos satisfaz a pretensão de auto-governo de quem se reivindica de outra lei, contribuindo para uma coabitação pacífica que beneficia também a comunidade dominante.

⁽⁵⁶³⁾ Recordemos as tentativas de integração dos judeus levadas a cabo pelos reis visigóticos, as várias leis que estimulavam a conversão de mouros e judeus (e puniam a apostasia dos conversos) até à expulsão do Reino e a política de integração dos índios, nos Estados Unidos, até meados do século XX.

⁽⁵⁶⁴⁾ Como vimos, os judeus, mouros e índios “desgarrados” não se encontram sob a jurisdição das comunas ou das tribos, sendo (apenas) súbditos do rei ou da Federação.

⁽⁵⁷⁰⁾ Neste sentido, a propósito de um problema de certa forma análogo, escreve F. LUCAS PRES, *BFDUC* 50 (1974), p. 133 e s.: “[a] autonomia leva sempre a uma unificação ou concreção dos interesses e grupos locais em termos de poder facilitar a criação de uma unidade política (...)”.

⁽⁵⁷¹⁾ Em ambos os casos, a transformação de um agregado fáctico de pessoas em comunidades políticas depende de uma *decisão* do rei ou da Federação.

Claro que a eficácia desse arranjo depende da vitalidade política das comunas e das tribos, que se procura estimular através da constituição de um *vínculo* entre os membros das minorias e as respectivas jurisdições: a simples conglomeração nas judiarias e nas mourarias, causada pela separação física dos credos (ao menos no plano oficial-legal), e o isolamento nas reservas, a que acresceu depois — por razões que, uma vez mais, dizem respeito apenas à comunidade dominante: nomeadamente, garantir que o fundamento da jurisdição especial das tribos não é racial, mas sim político — a necessidade de filiação na tribo ⁽⁵⁷²⁾.

Para além desta primeira delimitação básica *ratione personae*, as jurisdições dependentes sofrem uma restrição suplementar *ratione materiae*: excluídas do seu domínio estão todas as situações que possam interferir directamente com os interesses da comunidade dominante, seja pela própria natureza dos factos ⁽⁵⁷³⁾, seja porque a vítima é um membro seu ⁽⁵⁷⁴⁾.

Enfim, não fica excluído um poder absoluto da jurisdição central sobre as jurisdições periféricas, que se desdobra em prerrogativas actuais (super-
visão da eleição dos magistrados e controlo concreto da administração da justiça em via de recurso) e potenciais (destituição de poderes judiciais e pura e simples aniquilação).

b) As *jurisdições independentes* (no passado, a Igreja; hoje, o Conselho de Segurança da ONU e a União Europeia) também vêem os seus poderes em matéria penal limitados, desta feita não por uma entidade heterónoma, mas logo em função do título em que assentam. Pretendem garantir a paz e a segurança de comunidades diversas da estatal e apenas em determinados aspectos: respectivamente, a comunidade de crenças contra o pecado, a comunidade internacional contra as ameaças à paz,

⁽⁵⁷²⁾ Como vimos, a importância do vínculo pessoal exasperou-se no Acórdão *Duro v. Reina* e na subsequente *Duro fix*, que tiveram de enfrentar a inescapável ambiguidade do sistema, ao serem postos perante o problema de saber se, naquele que é duplamente outro (politicamente outro para o foro e etnicamente outro para a comunidade dominante), deve prevalecer o estatuto de cidadão americano ou o estatuto de índio.

⁽⁵⁷³⁾ Recordem-se as leis de ordem pública dirigidas às minorias religiosas, e, no caso dos índios, o *General Crimes Act* e o *Major Crimes Act*.

⁽⁵⁷⁴⁾ Recorde-se quanto se disse a propósito dos pleitos mistos entre cristãos, mouros e judeus, tanto no al-Andaluz como após a fundação do reino português, e, no caso dos índios, o Acórdão *Oliphant*.

ruptura da paz e actos de agressão, a comunidade dos povos europeus contra certas formas de criminalidade.

Tal como as jurisdições dependentes, também elas têm uma legitimção própria; todavia, diferentemente das primeiras, o *exercício efectivo* dos seus poderes no domínio sob a jurisdição estatal, nos moldes por elas determinados, não se funda na concessão de um privilégio, mas num título que o Estado reconhece por *dever* (ainda que decorrente, nos dois últimos casos, de uma atribuição). Aqui residiria, aparentemente, um ponto de equilíbrio entre os respectivos ordenamentos, garante de uma coabitação pacífica.

Porém, e apesar da convergência formal entre as pretensões das jurisdições independentes e o seu reconhecimento pela jurisdição central, o dito ponto de equilíbrio não é uma cristalização estática, mas sim uma realidade dinâmica que resulta, em cada momento, do modo como cada entidade interpreta os seus poderes e os correlativos deveres da contraparte, em contínua relação de tensão⁽⁵⁷⁵⁾. A complexidade desse processo aumenta na razão directa da intensidade e regularidade com que a jurisdição periférica pretende exercer os seus poderes, como sucedeu com a Igreja Católica e, hoje, com a União Europeia: apesar de a jurisdição central reconhecer a prevalência do direito produzido pela jurisdição periférica no domínio que lhe compete, a disputa do poder de definir esse domínio é uma constante.

No que especificamente diz respeito à União Europeia, a complexidade dos pontos de equilíbrio encontrados (e das consequentes aporias e perplexidades com que se debatem a doutrina e a jurisprudência) deriva, em parte substancial, do silêncio, por alguns chamado "prudente", dos Estados, enquanto legisladores constituintes europeus e nacionais. Custa-nos ver aí tal qualidade, sobretudo porque o processo de integração parece já suficientemente maduro para que se tomem decisões expressas quanto

⁽⁵⁷⁵⁾ Recorde-se, a título de exemplo, o processo político que opôs a monarquia portuguesa, a partir de D. Afonso III, às autoridades eclesiásticas, a propósito da definição das respectivas jurisdições; a rejeição, por parte dos Estados envolvidos, dos tribunais *ad hoc* para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda; a sistemática divergência entre os órgãos mais "comunitários" (a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu) e o órgão mais "inter-governamental" (o Conselho) a propósito da consagração, nos Tratados, de uma jurisdição penal da Comunidade, exasperada no conflito institucional que desembocou no Acórdão *Ambiente*, cit., onde, não por acaso, grande parte dos Estados-membros concorreu com a posição do Conselho.

aos principais problemas que suscita, em vez de deixar a realização do direito na fluidez (para não dizer acaso) que inevitavelmente envolve a sua abordagem presente: juízos e *obiter dicta* dominados pelo horizonte próprio da casuística, formulados por órgãos jurisdicionais, cuja base de legitimação é muito mais estreita do que a do legislador a quem devem obediência.

É no exemplo da União Europeia que se mostra, de forma particularmente nítida, que a questão da coabitação de jurisdições penais concentra muitas vezes (como sucedeu com a Igreja Católica e, hoje, com as tribos índias estadunidenses) o *problema constitucional* inerente à articulação de comunidades políticas diferentes, onde o tópico da soberania se torna subitamente volátil e ambíguo⁽⁵⁷⁶⁾.

1.2. Caso a merecer uma atenção separada é o das jurisdições da UNMIK e da UNTAET⁽⁵⁷⁷⁾, por várias razões. Caberiam, seguramente, no grupo das jurisdições independentes, pois exercem todos os seus poderes sem necessidade de uma concessão heterónoma, mas, ainda aí, diferem das restantes pela circunstância peculiar de as comunidades sob a responsabilidade dos respectivos organismos não se encontrarem sujeitas a uma autoridade estatal, dado que as resoluções do Conselho de Segurança, que obrigam os Estados membros da ONU nos termos do art. 25.º da Carta, investem *toda* a autoridade política na UNMIK e na UNTAET.

Assim, encontramos-nos perante entidades não-estatais cujos poderes correspondem, dada a sua amplitude e aparente indeterminação, aos de uma jurisdição central, o que levaria a admitir que esta categoria não se aplica apenas aos Estados (e organizações políticas passadas similares) e que, portanto, a distinção qualitativa, que temos vindo a propor, entre a

⁽⁵⁷⁶⁾ Nestas instâncias, o problema da coabitação de jurisdições penais replica o problema mais amplo e complexo da *interconstitucionalidade*: sobre ele, cf. logo FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, 1997, p. 101 e ss. e *passim*; e, recentemente, em pormenor, J. J. GOMES CANOTILHO, "Brancos", p. 227 e ss., e *passim*.

⁽⁵⁷⁷⁾ Não é importante, para os presentes efeitos, analisar em pormenor as diferenças que eventualmente intercedam entre os dois organismos na sua configuração jurídico-institucional, nomeadamente, os *flus* da administração transitória das Nações Unidas (assegurar o funcionamento das instituições até que se encontre uma solução aceitável para o estatuto jurídico-internacional do Kosovo, ou construir um sistema institucional a transferir para o povo timorense na consumação do seu direito de autodeterminação).

centralidade da jurisdição estatal e a natureza periférica das restantes sofre, ao menos aqui, uma excepção.

Cremos, porém, que uma consideração material da natureza da UNMIK e da UNTAET permite continuar a sustentar a nossa opinião: elas constituem verdadeiras jurisdições centrais na medida em que, precisamente, gozam das atribuições e desempenham as funções que, *em regra, cabem ao Estado* (decidir da natureza criminal das condutas, determinar o âmbito da esfera de aplicação real das respectivas normas, instituir os tribunais competentes para a verificação e punição dos crimes e regular os pressupostos da respectiva jurisdição), *porque lhes compete garantir a segurança geral das comunidades sob o seu domínio* (e por isso é correcto caracterizá-las, nessa medida, como “surrogate State[s]”⁽⁵⁷⁸⁾). Para este efeito, é irrelevante que aqueles organismos, limitados, no seu título constitutivo, por uma finalidade específica — que se realiza através do cumprimento das suas “obrigações de demargia e assistência política”⁽⁵⁷⁹⁾ —, e por um termo mais ou menos certo, não possuam a *Kompetenz-Kompetenz* própria da soberania.

2. O segundo ponto fundamental a ter em consideração é o seguinte: em todos os casos que estudámos, os poderes punitivos exercidos pelas jurisdições periféricas não são um *aliud* em relação aos titulados pela jurisdição central, apresentando até, por vezes (nos casos das minorias religiosas, das tribos índias e da Igreja Católica), um conteúdo igual ao desta, *sc.*, os poderes de decidir sobre a natureza criminal de uma conduta, de promulgar as normas substantivas adequadas e as que lhes definem o âmbito de eficácia, e de verificar a violação concreta de normas penais para efeitos de aplicação das reacções aí previstas, obedecendo à lei da concentração. Além disso, dentro dos seus domínios, todas apresentam uma vocação de exclusividade ou, ao menos, de prevalência relativamente à jurisdição central em cujo domínio se intrometem e incrustam.

⁽⁵⁷⁸⁾ GYLBHARE MURATI, *The Independence of the Judiciary and its Role in the Protection of Human Rights under UN Administration Using the case of Kosovo*, European Society of International Law, ESIL, Florence Agora Paper, s/d, p. 3 e 10 (interpolação nossa).

⁽⁵⁷⁹⁾ Tomamos a expressão que F. LUCAS PÉRES, “Soberania e autonomia”, *BFDUC* 49 (1973), p. 182, aplicava, precisamente, às obrigações dos Estados coloniais no processo de transformação dos territórios colonizados em Estados independentes, decorrentes do art. 73.º, al. b), da Carta das Nações Unidas.

Porém, mesmo quando exibem o figurino completo da jurisdição penal, aquelas entidades encontram-se sempre sob a supervisão da jurisdição central, que não hesita em afirmar directamente (nos dois primeiros casos) ou indirectamente (no último caso) a sua supremacia.

Aliás, deste ponto de vista, é manifesto que as jurisdições periféricas completas tendem a desaparecer com o surgimento do Estado moderno e da sua força expansiva (como sucedeu com a Igreja Católica e está em vias de suceder com as tribos índias), salvo quando actuem, precisamente, como substitutos de um Estado que não existe (UNMIK e UNTAET).

3. Daqui decorrem duas ideias importantes, que nos parecem suficientemente testadas.

3.1. Em primeiro lugar, a natureza e o sentido do poder punitivo não variam consoante o tipo de jurisdição onde este se encabece: as variações dão-se apenas em relação ao seu conteúdo (lei da concentração) e à sua posição de maior ou menor independência em face de outras jurisdições (leis da supremacia e da exclusividade).

Essa similaridade entre as jurisdições periféricas e a jurisdição central mostra que o seu fundamento é comum e, portanto, não existe, neste nível, uma diferença específica introduzida pela soberania, seja qual for o entendimento que demos a este conceito.

Num plano material, tal fundamento encontra-se na *responsabilidade de certo ente pela paz e a segurança da sua comunidade*⁽⁵⁸⁰⁾, entendida como dever de ordenar as condições da sua convivência através da cominação e aplicação de penas por um poder público. O que significa que a jurisdição penal tem como critério de legitimidade intrínseco (material) a congruência dos poderes ali incluídos com o *título* em que assenta aquela responsabilidade (não necessariamente a soberania) e, consequentemente, com os *meios* (normativos, institucionais e pragmáticos) de que a dita entidade dispõe para se desempenhar dela.

Ora, perdido o conforto dado pela soberania como critério único da jurisdição penal, suscita-se, naturalmente, a questão de saber *quem* afere dessa legitimidade, a qual nos conduz ao ponto seguinte.

⁽⁵⁸⁰⁾ Cf. de novo B. BADIE, p. 175 e ss., que se refere também, embora num sentido genérico, às “comunidades de responsabilidade”.

3.2. É possível construir, de acordo com o tipo de vínculos que ligam os seus membros, várias espécies de comunidades (por simplificação: infra e supra-estatais), que, sob certo ponto de vista (v. g., do seu substrato populacional), coincidem com as comunidades sob o domínio do Estado, mas são concebidas por um outro prisma (v. g., as tribos índias, a União Europeia, a comunidade internacional, etc.). A especificidade desses vínculos relativamente ao vínculo estatal conduz, como vimos, ao surgimento de entidades que assumem a responsabilidade por *certos aspectos particulares* da segurança e da paz de tais comunidades.

No entanto, a vocação totalizante (concentração, supremacia e exclusividade dos poderes) e a força expansiva da jurisdição estatal introduzem uma diferença *qualitativa* em relação às jurisdições periféricas: precisamente porque lhe cabe garantir a paz e a segurança *geral* da sua comunidade, a jurisdição estatal reivindica para si o poder de medir a legitimidade do exercício dos poderes por parte daquelas e, mesmo, a própria legitimidade da sua subsistência. Esta conclusão é evidente no caso das jurisdições dependentes, mas não é menos acertada em relação ao desaparecimento da jurisdição penal da Igreja Católica e à decadência (e possível futuro desaparecimento) da das tribos índias, que se deveram, não a modificações ou degenerescências dessas jurisdições periféricas, mas a *mutações da própria jurisdição central* (respectivamente, a secularização do poder público e uma nova compreensão do âmbito das garantias constitucionais) ⁽³⁸¹⁾, perante as quais as ditas jurisdições periféricas (ainda que fundadas em títulos formais de “independência” e de “soberania”) deixam de ser admissíveis.

3.3. Onde houver um agrupamento de pessoas que possa qualificar-se de comunidade política, e sejam quais forem os critérios que adoptemos para lhe dar essa qualificação, há sempre uma — e só uma — entidade responsável pela sua segurança *geral*, sc., pela generalidade dos aspectos da sua vida quotidiana. Essa entidade, a que chamamos jurisdição central, corresponde hoje à figura do Estado.

⁽³⁸¹⁾ Mutações que se inscrevem na mais geral estratégia de “mudança” do Estado que lhe permite “permanecer” (RUI CUNHA MARTINS, “Estado, tempo e limite”, *RHI* 26 (2005), p. 325 e ss. e *passim*): desmentindo as profecias do seu “exílio” para “fora da História”, “o Estado, puro e simplesmente, *está*” (*ibidem*, p. 307; itálicos no original).

Se é nessa responsabilidade, como propomos, que se encontra o fundamento material da jurisdição penal do Estado, o modo por que a última se define tem que ser congruente com a sua natureza omnipotente e omni-providente. E por isso se explica a singular amplidão da jurisdição penal do Estado (e a sua virtual completude), que tende a expandir-se até ao ponto por ele julgado necessário, ainda que disputando o domínio de jurisdições concorrentes, vigiando-as, comprimindo-as ou, até, aniquilando-as.

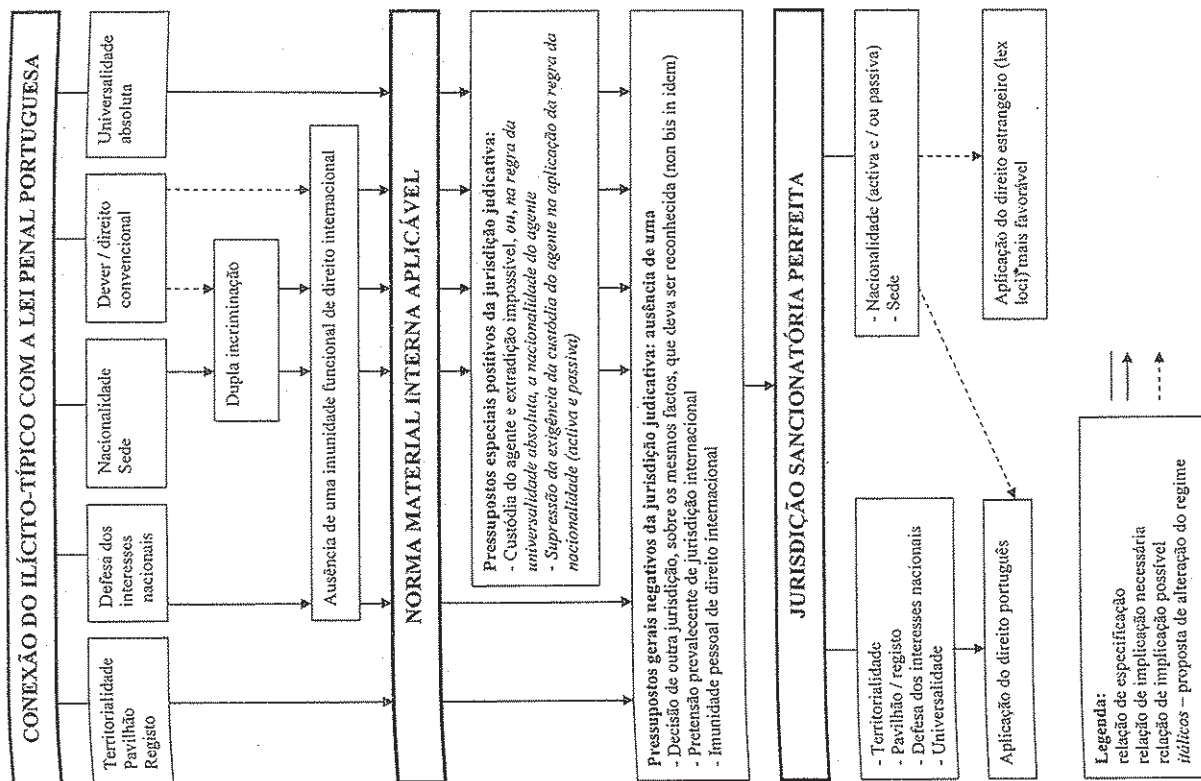
Uma harmonização, portanto, através de uma *dupla decisão constituinte*, onde os Estados acordem, de forma clara e inequívoca — porque a clareza das regras é um pressuposto fundamental da legitimidade do poder —, no desenho das competências que pretendem atribuir à Comunidade e, correlativamente, adaptem o seu direito constitucional em conformidade.

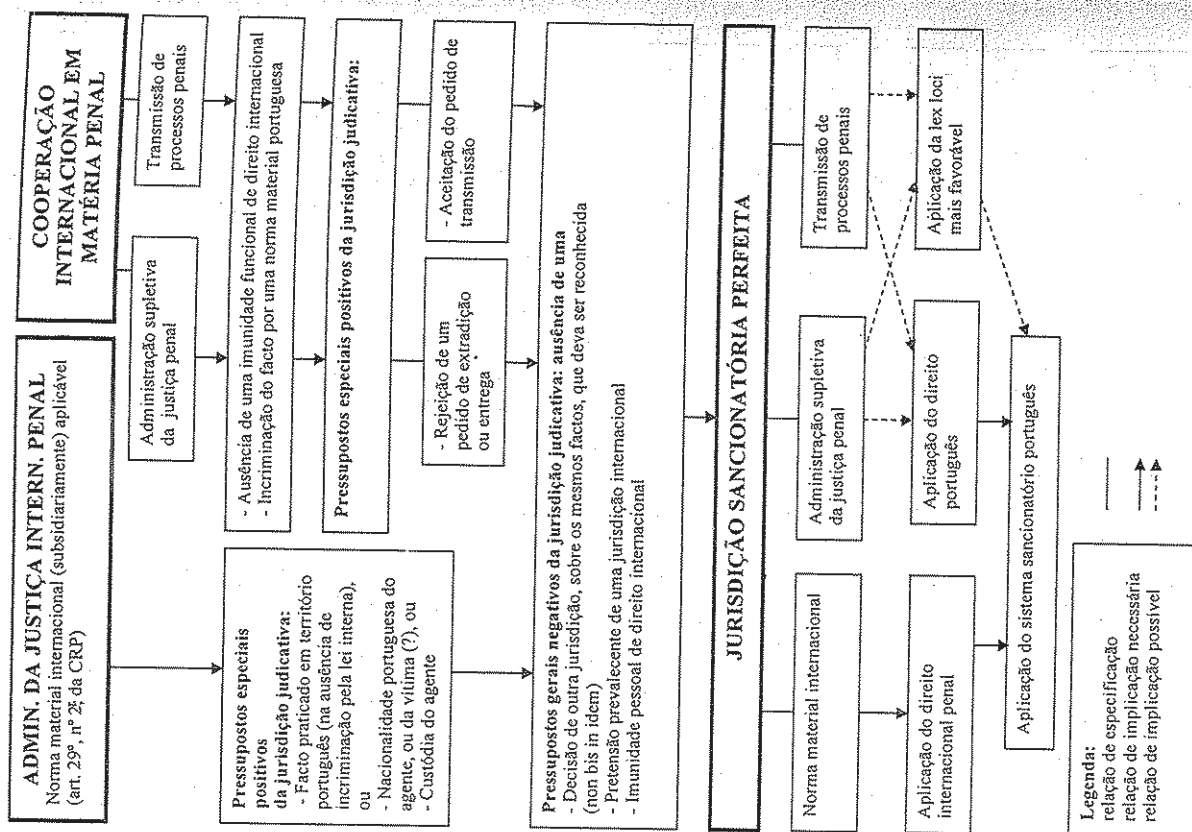
Se uma tal *excepção* ao princípio da legalidade interno, nas condições descritas, ainda poderia compatibilizar-se com os limites materiais da revisão da Constituição (em particular: se o reforço da intervenção do PE, num qualquer modo, é suficiente para satisfazer as garantias subjacentes ao princípio *nullum crimen sine lege parlamentaria*, ou se este deve até ser objecto de *transcensão* no contexto da integração europeia), é questão sobre a qual nos parece prematuro pronunciarmo-nos, sendo certo que, como fomos sustentando ao longo deste estudo, os pontos de equilíbrio entre jurisdições concorrentes são processos dinâmicos (que reproduzem, num outro nível, o chamado “constitucionalismo evolutivo”⁽¹³³⁵⁾), e não lugares dados *a priori* por quadros jurídicos estáticos.

DIAGRAMAS (*)

(1335) J. J. GOMES CANOTILHO, “Brancoas”, p. 283.

(*) Os diagramas contidos nas páginas seguintes esquematizam o conteúdo e os limites da jurisdição penal do Estado Português.





EPILOGO

É agora o momento de sintetizar algumas ideias que fomos sugerindo ao longo da investigação.

1. A jurisdição penal consiste num feixe de poderes de onde destacamos os que dizem respeito à jurisdição prescritiva e judicativa: decidir sobre a natureza criminal de uma conduta, promulgar as normas substantivas adequadas e as que lhes definem o âmbito de eficácia, e verificar a violação concreta de normas penais para efeitos de aplicação das reacções aí previstas, no confronto com outros ordenamentos jurídicos.

2. O Estado goza de uma ampla liberdade no exercício da sua jurisdição penal. Essa liberdade legitima-se formalmente através do dispositivo da soberania, na sua veste de mecanismo de delimitação internacional de poderes (independência); mas o seu fundamento material encontra-se — à semelhança do que sucede com os restantes titulares de jurisdição penal não-estatais — na responsabilidade pela paz e a segurança da comunidade sob o seu domínio.

A singular extensão da liberdade do Estado na configuração da sua jurisdição penal e a sua tendencial perfeição (concentração, supremacia e exclusividade dos poderes ali contidos) deve-se, portanto, não à soberania, mas a uma posição única perante a comunidade, na medida em que é a única entidade responsável pela sua paz e segurança geral, em todos os aspectos da vida dela.

3. Os poderes contidos na jurisdição penal prescritiva permitem a construção de um sistema de normas materiais e de um sistema de regras de aplicabilidade que lhes definem o alcance, conjugando-se ambos numa unidade funcional. A eles acresce o poder de delimitar o âmbito da jurisdição judicativa, tendencialmente coincidente com o universo de deveres dali decorrentes, apesar da subsistência de certas margens de assincronia, carecidas de justificação.

Ao delinear ambas as dimensões da jurisdição penal, o Estado está obrigado ao respeito de certos interesses, onde prepondera a segurança jurídica das pessoas, que é um elemento essencial de qualquer ordem de direito e que por isso funciona como critério (interno) da delimitação do alcance dos deveres impostos e dos pressupostos do exercício concreto do poder punitivo.

4. A inserção do Estado em comunidades mais vastas (a comunidade internacional, as Comunidades Europeias e a União Europeia) pode implicar o surgimento de limites heterónomos à sua jurisdição penal, decorrentes do direito internacional geral e do direito europeu.

Normalmente, trata-se de limites indirectos, que conformam a actividade geral do Estado, negativos (*v. g.*, a proibição de ingerência, as "proibições de proibir" certas condutas independentemente da natureza dos meios), ou positivos (*v. g.*, os deveres de protecção dos interesses comunitários resultantes do TCE e do jogo entre o direito comunitário "não-penal" e as normas penais dos ordenamentos nacionais). Por vezes, deparamos com limites directos, que são quase sempre positivos (*v. g.*, o dever de punir emergente do princípio *aut dedere aut judicare* e as obrigações de incriminação impostas pelo TCE e pelas decisões-quadro da União Europeia).

5. A mutação mais importante da jurisdição penal do Estado encontra-se na emergência de limites potenciais, por força do surgimento de centros de poder com capacidade jurisdicção que, embora tenham atribuições e competências apenas sectoriais, podem criar, *ex sponte sua*, deveres e proibições de punir que visam limitá-la, de forma mediata (*v. g.*, as directivas e as propostas leis-quadro da União Europeia) ou imediata (*v. g.*, as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que pretendem impor a imunidade de certos membros das forças de manutenção de paz perante outras jurisdições que não a nacional).

Sabendo-se que a soberania não é um requisito essencial para a legitimação da jurisdição penal, importa todavia verificar, em cada caso, se a reivindicação desses poderes pelas entidades não-estatais se coaduna com a sua responsabilidade perante as respectivas comunidades, do ponto de vista dos meios (normativos, institucionais e pragmáticos) de que dispõem para a exercerem, de forma a garantir a sua legitimidade material.

Caso contrário, a aceitação, pelo Estado, dos limites da jurisdição penal que dali decorrem (na medida em que são os Estados quem cria essas entidades e lhes atribui tais poderes) não será consistente, em si mesma, com a sua própria responsabilidade perante a paz e a segurança da comunidade que a ele se entrega.

6. Por último, o estabelecimento daqueles pontos de equilíbrio entre jurisdições concorrentes nem sempre conta com um terceiro (uma regra ou uma instituição superiores) que possa fixá-los. Trata-se, nesses casos, de um exercício verdadeiramente bilateral, que escapa ao modelo arquetípico da decisão jurídica dos conflitos de interesses, onde assume especial relevância o mandamento que, não sendo ali o seu critério, é também o seu pressuposto fundamental: *audi alteram partem*.

- VERVAELE, John A. E., "Law enforcement in Community Law within the first and third pillar: do they stand alone?", in: *The Finnish Yearbook of International Law*, Vol. VII, 1996, p. 353 e ss.
- VILACA, José Luis da Cruz, "A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-membros", *CJA* 30 (2001), p. 3 e ss.
- VOGEL, Joachim, "Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung", *ZStW* 116 (2004), p. 400 e ss.
- WADLEY, James B., "Indian citizenship and the privileges and immunities clauses of the United States Constitution: an alternative to the problems of the full faith and credit and comity?", *SIU LJ* 31 (2006), p. 31 e ss.
- WEIGEND, Thomas, "Grund und Grenzen universaler Gerichtsbarkeit", in: *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck: 2005, p. 955 e ss.
- WEYEMBERGH, Anne, *L'Harmonisation des Législations: Condition de l'Espace Pénal Européen et Révélateur de ses Tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles: 2004.
- WIRTH, Steffen, "Immunities, related problems and Article 98 of the Rome Statute", *CLF* 12 (2001), p. 429 e ss.
- , "Immunity for core crimes? The ICJ's Judgment in the *Congo v. Belgium* case", *EJIL* 13-4 (2002), p. 877 e ss.
- WISE, Edward M., "Aut dedere aut iudicare: the duty to prosecute or extradite", in M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law. II — Procedural and Enforcement Mechanisms*, 2ª ed., 1999, p. 15 e ss.
- XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, Almedina: 1993.
- XAVIER, Ângela Barreto / HESPAHNA, António Manuel, "A representação da sociedade e do poder", in *História de Portugal (dir. José Mattoso), Quarto Volume. O Antigo Regime (1620-1807)*, Círculo de Leitores: 1993, p. 121 e ss.
- XAVIER, Luís Barreto, "Âmbito espacial de aplicação da lei penal portuguesa", *DJ* 11-1 (1997), p. 49 e ss.
- YAZZIE, Robert, "Life comes from it: Navajo justice concepts", *NMexLR* 24 (1994), p. 175 e ss.
- ZAPPALÀ, Salvatore, "Are some peacekeepers better than others? UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC", *JICJ* 1 (2003), p. 671 e ss.
- ZICCARDI, Piero, "Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana", *RIDPP* 3 (1950), p. 462 e ss.
- ZOLO, Danilo, "Peace through criminal law?", *JICJ* 2 (2004), p. 727 e ss.
- ZULEEG, Manfred, "Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration", in Ulrich Sieber (Hrsg.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag: 1993, p. 41 e ss.

ÍNDICE

NOTA BREVE E AGRADECIMENTOS.....	Págs. 11
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	13

INTRODUÇÃO

I. Delimitação do problema, circunstância pragmática e razão de ordem	17
II. Questões de terminologia e determinações conceptuais	24
1. Jurisdição penal.....	24
2. Âmbito de <i>eficácia</i> (ou <i>aplicabilidade</i>), âmbito de <i>competência</i> e âmbito de <i>aplicação</i> da norma	29
3. Âmbito de <i>eficácia</i> (ou aplicabilidade) <i>real</i> da norma	30
3.1. A "aplicação da lei (penal) no espaço"	31
3.2. O "direito penal internacional"	34
a) O "direito penal internacional" como direito de determinação de competências sobre factos com "elementos de extraneidade"	35
b) O "direito penal internacional" como "ciência"	38
c) Apreciação.....	39
4. Jurisdição prescritiva, jurisdição judicativa e âmbito de aplicabilidade da lei penal.....	41

PARTE I

O FUNDAMENTO DA JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO

1.º CAPÍTULO

A JURISDIÇÃO PENAL COMO ATRIBUTO DA SOBERANIA?

§ Único. O problema.....	47
--------------------------	----

2.º CAPÍTULO

A JURISDIÇÃO PENAL DE ENTIDADES NÃO-ESTATAIS

§ 1. As comunidades moçárabes e as comunas mudéjar e judaica.....	Págs. 67
I. As comunidades moçárabes no al-Andaluz.....	67
II. As comunas mudéjares e judaicas no Portugal medievo.....	69
§ 2. As tribos índias dos Estados Unidos da América.....	83
§ 3. A União Europeia.....	116
§ 4. A Igreja Católica.....	149
§ 5. O Conselho de Segurança das Nações Unidas e os seus organismos subsidiários.....	181

3.º CAPÍTULO

O FUNDAMENTO MATERIAL DA JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO

§ Único. A jurisdição penal do Estado como atributo da responsabilidade pela manutenção da paz e da segurança <i>geral</i> da comunidade.....	203
---	-----

PARTE II

O CONTEÚDO DA JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO PORTUGUÊS

1.º CAPÍTULO

O ÂMBITO DE EFICÁCIA DAS NORMAS MATERIAIS

§ 1. A relação entre as normas materiais e as regras de aplicabilidade.....	215
I. As regras de aplicabilidade como “normas de conflitos”; crítica.....	215
II. As regras de aplicabilidade (ou as conexões por elas designadas) como elementos do facto punível; crítica.....	221
III. Posição adoptada.....	226
1. A <i>unidade funcional</i> entre as normas materiais e as regras de aplicabilidade.....	226
2. As normas materiais, as regras de aplicabilidade e o princípio da não-transactividade.....	229
3. As regras de aplicabilidade e os critérios da sua legitimidade intrínseca.....	231
4. O caso especial da regra da universalidade.....	239
5. A distinção entre regras de aplicabilidade e normas materiais de âmbito de aplicação limitado.....	265
6. Algumas regras de aplicabilidade especiais.....	279

IV. As questões da “hierarquia” e da “precedência”.....	Págs. 287
1. O plano lógico-teórico.....	287
2. O plano jurídico-processual.....	291
§ 2. O titular da “competência da jurisdição” estatal.....	294
I. O problema.....	294
II. A jurisprudência dos tribunais internacionais.....	300
1. O caso <i>Lotus</i>	300
1.1. Os factos e a questão decidida.....	300
1.2. O Acórdão.....	302
1.3. As declarações de voto.....	305
1.4. Apreciação.....	308
2. A jurisprudência dos tribunais internacionais entre 1928 e 2001.....	311
3. O caso <i>Yerodia</i>	312
3.1. Os factos e a questão decidida.....	312
3.2. O Acórdão.....	313
3.3. As declarações de voto.....	314
3.4. Apreciação.....	317
III. O princípio da indeterminação e a relevância das conexões.....	320
1. Revisão da dualidade jurisdição territorial / jurisdição extraterritorial e da sua relação com o direito internacional.....	320
2. O fundamento da jurisdição penal do Estado, a natureza da relação entre as normas materiais e as regras de aplicabilidade e a “competência da jurisdição”.....	325

2.º CAPÍTULO

O ÂMBITO DA JURISDIÇÃO JUDICATIVA

§ 1. O âmbito de eficácia das normas e os pressupostos da jurisdição judicativa.....	331
§ 2. O princípio da coincidência e as suas excepções.....	333

PARTE III

OS LIMITES DA JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO PORTUGUÊS

1.º CAPÍTULO

OS LIMITES POSTOS PELO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO GERAL

§ 1. <i>Prohibitiones puniendi</i>	353
I. O respeito pelos direitos humanos.....	354

II. O dever de não-ingerência.....	Page.
III. As imunidades de direito internacional.....	355
1. As imunidades de direito internacional comum.....	361
2. As Resoluções 1497 e 1593 do Conselho de Segurança da ONU.....	369
§ 2. <i>Obligations puniendi</i>	379

- I. O dever internacional geral de julgar e punir os autores dos *crimina juris gentium*.....
- II. O problema da jurisdição universal *in absentia*.....

2.º CAPÍTULO

OS LIMITES POSTOS PELO DIREITO EUROPEU

SECÇÃO A

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

§ 1. Método.....	407
§ 2. Evolução das relações entre o direito europeu e o direito penal: sinopse.....	411

SECÇÃO B

O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

§ 1. <i>Prohibitiones puniendi</i>	429
I. As proibições de punir resultantes do direito originário.....	429
II. As proibições de punir resultantes da actividade legiferante da União ..	434
§ 2. <i>Obligations puniendi</i>	435
I. Os deveres de punir resultantes do direito originário.....	436
II. Os deveres de punir resultantes da actividade legiferante da União.....	438

SECÇÃO C

O DIREITO COMUNITÁRIO

§ 1. <i>Prohibitiones puniendi</i>	440
I. Os pressupostos dos limites.....	440
II. Os mecanismos dos limites e a sua incidência sobre as incriminações..	445
III. Os mecanismos dos limites e a sua incidência sobre as regras de aplicabilidade	475

IV. Os limites e a reserva de lei.....	Págs.
V. Conclusão.....	494
§ 2. <i>Obligations puniendi</i>	497
I. Razão de ordem.....	499
II. Limites actuais	500
1. O princípio geral desimplicado do art. 10.º do TCE pelo Tribunal de Justiça.....	502
2. Os n.ºs 1 e 2 do art. 280.º do TCE.....	510
3. O art. 30.º do Estatuto do Tribunal de Justiça e o n.º 1 do art. 194.º do TCEEA.....	514
4. A "ampliação silenciosa" dos tipos da lei interna por obra do direito comunitário derivado	522
III. Limites potenciais	526
IV. Conclusão.....	545
DIAGRAMAS.....	547
EPILOGO.....	551
ADENDA — As modificações introduzidas pelo Tratado de Lisboa: primeira reflexão....	557
I. Descrição sumária do novo regime.....	559
II. Apreciação crítica	562
BIBLIOGRAFIA.....	573

