

Separata de
A INCLUSÃO DO OUTRO

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

STVDIA IVRIDICA

66

COLLOQUIA — 9

PEDRO CAEIRO

PROIBIÇÕES CONSTITUCIONAIS
DE EXTRADITAR EM FUNÇÃO
DA PENA APLICÁVEL



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

COIMBRA EDITORA

PROIBIÇÕES CONSTITUCIONAIS DE EXTRADITAR EM FUNÇÃO DA PENA APLICÁVEL

(O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS PROIBIÇÕES
DE EXTRADITAR FUNDADAS NA NATUREZA DA PENA
CORRESPONDENTE AO CRIME SEGUNDO O DIREITO
DO ESTADO REQUERENTE, ANTES E DEPOIS
DA LEI CONSTITUCIONAL N.º 1/97) (*)

PEDRO CAEIRO

*Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

I — Introdução

Até à Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, a Constituição da República Portuguesa (CRP) proibia expressamente a concessão da extradição quando ao crime correspondesse, segundo o direito do Estado requerente, pena de morte.

A recente revisão constitucional acrescentou a esta interdição duas outras proibições de extraditar em função da natureza da pena aplicável segundo o direito do Estado requerente:

- quando ao crime corresponda pena de que resulte lesão irreversível da integridade física (art. 33.º, n.º 4); e

(*) O texto corresponde, com algumas alterações e inclusão das referências bibliográficas pertinentes, à comunicação subordinada ao tema «Extradição e processo penal», proferida no Colóquio *A Inclusão do Outro*, organizado pelo *Ius Gentium Conimbrigae* e pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que teve lugar em Coimbra em Novembro de 1997.

- quando ao crime corresponda sanção privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, salvo se o Estado requerente oferecer garantias de que essa pena ou medida não será aplicada ou executada (art. 33.º, n.º 5).

O problema que hoje se põe é o de saber em que medida é que a inclusão destes preceitos alterou o regime constitucional das proibições de extradição em função da natureza da pena aplicável segundo o direito do Estado requerente.

A sua solução implica, portanto, a compreensão do regime pretérito para podermos compará-lo com o actual. E essa compreensão só pode alcançarse respondendo a duas questões:

- 1.ª — qual o exacto conteúdo, à luz do direito constitucional anterior, da proibição de extradição por facto a que correspondesse pena de morte?
- 2.ª — a proibição de extradição por facto a que corresponda pena de prisão perpétua, ou pena de que resulte lesão irreversível da integridade física, gozava já, ou não, de guarida constitucional?

II — O direito anterior a 1997: o sentido da proibição constitucional de extradição por crime a que correspondesse pena de morte segundo o direito do Estado requerente

1. O direito positivo

Como se disse, o art. 33.º, n.º 3, da CRP, na sua versão anterior, proibia a extradição passiva por crimes a que correspondesse pena de morte segundo o direito do Estado requerente.

Por seu lado, o art. 6.º do DL 43/91, de 22 de Janeiro, que regula a cooperação judiciária internacional em matéria penal, veio proibir a extradição por facto «punível com pena de morte ou com prisão perpétua», salvo se o Estado que formula o pedido «tiver comutado aquelas penas ou retirado carácter perpétuo à medida».

Por último, a Assembleia da República, ao aprovar para ratificação a Convenção Europeia de Extradição (CEExtr) e os seus Protocolos Adicionais, formulou uma reserva ao art. 11.º da Convenção — norma que exclui a recusa de extradição em caso de pena de morte se «a parte requerente prestar garantias» consideradas suficientes pela parte requerida de que essa pena não será executada — segundo a qual «Portugal não concederá a extra-

dição de pessoas quando reclamadas por infracção a que corresponda pena ou medida de segurança com carácter perpétuo» (1).

2. A jurisprudência

A jurisprudência pronunciou-se em várias ocasiões sobre o problema de saber se o art. 6.º do DL 43/91, na parte em que admite a concessão da extradição caso o Estado requerente tenha comutado a pena de morte abstractamente aplicável ao crime, era ou não conforme com a proibição constitucional.

Ao contrário do que uma análise superficial das decisões mais recentes poderia fazer supor, a jurisprudência dos tribunais judiciais e a jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) não divergiam quanto ao conteúdo da proibição constitucional, admitindo que esta só impedia a extradição quando fosse juridicamente possível que o extraditando sofresse a pena de morte.

Na verdade, as divergências entre os tribunais judiciais e o TC cifravam-se apenas na densificação do que era a possibilidade jurídica de aplicação da pena de morte segundo o direito do Estado requerente.

Enquanto os tribunais judiciais tendiam a considerar certos «compromissos» das autoridades do Estado requerente como partes integrantes do «bloco de legalidade relevante» para efeitos da impossibilidade de aplicação da pena de morte (*v. g.*, as promessas unilaterais da República Popular da China, no caso *Leong* (2)), o TC restringiu aquela expressão ao «direito internamente vinculante desse Estado, constituído tão-só pelo respectivo corpo de normas penais (...) e por quaisquer mecanismos — e só eles — que se inscrevam vinculativamente no direito e processo criminais, ainda que decorrentes do direito constitucional ou do direito jurisprudencial do Estado requisitante, dos quais resulte que a pena de morte *não será devida* no caso concreto, porque *nunca* poderá ser aplicada» (3). Para confortar esta tese, o TC interpretou a reserva formulada pela AR ao art. 11.º da CEExtr, já citada, no sentido de que ela teria sido «motivada por imperativos constitucionais». Quer dizer: a reserva só era compreensível, no entender do Tribunal, porque a proibição constitucional obrigava a negar a extradição sempre que existisse uma pos-

(1) Resolução da AR n.º 23/89, DR, I, de 21-08-1989, art. 1.º, al. c).

(2) Acórdão do Tribunal Superior de Justiça de Macau, de 14 de Abril de 1994.

(3) AcTC 417/95, de 4 de Julho (*Acórdão Leong*), in DR, II, de 17-11-1995, p. 13 791; cf. também o AcTC 1146/96, de 12 de Novembro, in DR, I-A, de 20-12-1996.

sibilidade jurídica de aplicação da pena de morte, ainda que o Estado requerente prestasse garantias de não executar concretamente essa pena.

Foi, aliás, no seguimento deste raciocínio que o TC declarou, no AcTC 1146/96 ⁽⁴⁾, a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, «da norma constante do art. 4.º, n.º 1, al. a), do DL 437/75, de 16 de Agosto (em vigor no território de Macau), na parte em que permite a extradição por crimes puníveis no Estado requerente com a pena de morte, havendo garantia da sua substituição, se esta garantia, de acordo com o ordenamento penal e processual penal do Estado requerente, não for juridicamente vinculante para os respectivos tribunais».

Merecem referência ainda, no plano jurisprudencial, os votos de vencido dos Conselheiros Vítor Nunes de Almeida e Bravo Serra e respectivas declarações de voto, em ambos os acórdãos citados, as quais se aproximam substancialmente do entendimento perfilhado pelos tribunais judiciais.

3. A doutrina

Enfim, a doutrina dominante propendia genericamente para aceitar que a extradição se encontrava vedada *sempre que a pena de morte fosse abstractamente aplicável* ⁽⁵⁾, ou, ao menos, *sempre que a pena substitutiva não estivesse já irrevogavelmente determinada no ordenamento jurídico-penal do Estado requerente no momento da concessão* ⁽⁶⁾.

Já Carlos Fernandes ⁽⁷⁾ criticou duramente o Acórdão Leong e o Acórdão Varizo ⁽⁸⁾, por terem restringido a noção de *direito do Estado requisitante* ao direito (penal e processual penal) *internamente vinculante* para os tribunais do Estado requerente.

⁽⁴⁾ Como na nota anterior.

⁽⁵⁾ Assim, J. J. GOMES CANOTILHO, «Caso Varizo — Extradicação no caso de prisão perpétua» (anotação ao AcTC n.º 474/95), *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128.º, p. 250.

⁽⁶⁾ Assim, J. FIGUEIREDO DIAS/M. COSTA ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (fascículos), 1996, p. 210.

⁽⁷⁾ CARLOS FERNANDES, *A Extradicação e o Respectivo Sistema Português*, Coimbra, 1996, p. 56 ss., e *passim*.

⁽⁸⁾ AcTC 474/95, in *DR*, II, de 17-11-1995, p. 13 792 ss.

4. Apreciação

A jurisprudência e a doutrina sumariamente recenseadas convergiam num ponto importante: a proibição constitucional não constituía uma forma de sanção negativa, traduzida na recusa de cooperação, relativamente aos países que mantêm a pena de morte como instrumento da sua política penal (neste sentido, expressamente, a declaração de voto dos Conselheiros Vítor Nunes de Almeida e Bravo Serra).

Mas a fundamentação positiva da dita proibição já não colhia unanimidade.

4.1. No entender de Gomes Canotilho, a proibição constitucional derivava imediatamente da protecção constitucional do bem da vida contra o instituto da pena de morte, o que levava o A. a formular a seguinte conclusão: «só em caso de pena de morte ou de perseguição por motivos políticos a ordem jurídico-constitucional se autoconstitui em reduto inexpugnável de protecção dos bens da vida e da liberdade» ⁽⁹⁾. Por revelar ficava, todavia, qual o *critério* deste «balanço constitucional»: por que razão o bem da liberdade só era protegido contra a extradição por motivos políticos? Não deveria ser ele protegido, ao mesmo título, em caso de perseguição por motivos étnicos ou religiosos? E por que razão esse «reduto inexpugnável» não integrava outros bens porventura mais importantes do que a liberdade, ou, ao menos, mais próximos do «radical antropológico», como, *v. g.*, a integridade física? Perplexidades que, segundo creio, resultam da tentativa de relacionar *directamente* as proibições de extradição com a protecção dos singulares bens jurídicos que a concessão da extradição potencialmente atingiria.

Em meu entender, a proibição de extraditar por crime a que correspondesse pena de morte radicava na *preservação da ordem pública internacional do Estado português*, assistindo assim razão, neste ponto, à crítica de Carlos Fernandes. Mais claramente: a protecção constitucional do direito à vida contra a pena de morte *no ordenamento nacional* — que é, obviamente, o único espaço normativo onde ela goza de força vinculante — é de tal modo importante que se torna parte integrante da ordem pública internacional do Estado português e por isso — *e só por isso* — implicava a proibição de o Estado português cooperar com outros Estados num procedimento de que podia resultar a aplicação da pena de morte a uma pessoa.

⁽⁹⁾ J. J. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 249 s.

Neste sentido, o comando constitucional não tinha a missão de proteger o bem da vida *contra* as concepções jurídico-penais dos Estados que admitem a pena de morte, *mas tão-só a de garantir que o Estado português não aceitasse colaborar em procedimentos que pudessem vir a impô-la*. Esta era, segundo creio, a única concepção compatível com o princípio geral de respeito mútuo a que os Estados soberanos se encontram obrigados de acordo com o direito internacional.

E, como veremos, a opção por um ou outro fundamento da proibição de extradição em função da natureza da pena aplicável não é inócua.

4.2. O problema residia então em saber quando é que o Estado português, para cumprir o comando constitucional, podia entender que ao crime não correspondia pena de morte segundo o direito do Estado requisitante.

Como vimos, a jurisprudência dos tribunais judiciais e do TC baseou-se em critérios diferentes: a primeira propendeu para considerar as garantias internacionais como suficientes; a segunda, mais restrita, exigiu que a aplicação da pena de morte ao extraditando fosse juridicamente impossível de acordo com o direito penal e processual penal do Estado requerente.

Por seu lado, a doutrina dominante entendia que a proibição constitucional abrangia todos os casos em que a pena de morte fosse aplicável ao caso, ainda que o pedido fosse acompanhado de garantias de não aplicação ou execução prestadas pelo Estado requerente, pois só este âmbito ultra-lato seria congruente com a protecção constitucional do bem vida. Daí que Gomes Canotilho⁽¹⁰⁾ se tenha pronunciado pela inconstitucionalidade do art. 6.º, n.º 2, al. a), do DL 43/91, na parte em que admite a extradição por crimes a que corresponda pena de morte segundo o direito do Estado requerente, mesmo tendo este comutado aquela pena.

Isolado, Carlos Fernandes⁽¹¹⁾ defendia que a proibição constitucional não se aplicava aos casos em que, havendo prestação de garantias por parte do Estado requerente de que a pena de morte não seria aplicada ou executada, tais garantias fossem válidas no contexto do seu ordenamento jurídico.

Repudiando embora a falta de elegância retórica do último A. citado, parece-me que a razão pendia para o seu lado. Com efeito, tratando-se tão só de preservar, nas relações com os outros países, a ordem pública internacional do Estado português, e não de proteger *simbólica e abstractamente* o direito à vida recusando a cooperação internacional, as autoridades portu-

⁽¹⁰⁾ *Últ. loc. cit.*

⁽¹¹⁾ *Op. cit.*, p. 251.

guesas deviam condicionar a concessão da extradição ao parâmetro da não aplicação ou da não execução *concretas* da pena de morte (neste sentido, também a declaração de voto dos ilustres Conselheiros do TC já citados).

4.3. Assim, o Estado português, para conceder a extradição, tinha apenas de concluir que o extraditando não poderia ser condenado em pena de morte, ou que esta não poderia executar-se, por força de uma das seguintes circunstâncias:

- porque o direito do país requerente não a previa, sequer em abstracto, para o crime que fundamentava o pedido;
- porque a pena se encontrava já aplicada, de forma inalterável segundo o direito desse país, e não era uma pena de morte;
- porque, apesar de o crime admitir, em abstracto, a pena de morte, o Estado requerente havia produzido decisões válidas e eficazes à luz do seu direito interno, que comutavam irrevogavelmente, segundo o seu ordenamento jurídico-penal, a pena a aplicar ao arguido;
- porque o Estado requerente havia prestado garantias válidas à luz do direito internacional, em termos vinculantes para os seus tribunais (na medida em que o direito internacional fosse vinculante para os órgãos encarregados de aplicar o direito interno), consideradas suficientes pelo Estado português, de que a pena não seria aplicada;
- porque o Estado requerente, não podendo ou não querendo vincular os seus tribunais, havia garantido a Portugal a comutação da pena de morte, caso viesse a ser concretamente aplicada, se essa garantia fosse julgada exequível pelo Estado português, depois de analisar a sua validade e eficácia à luz do direito aplicável pelo Estado requerente e de ponderar a sua fiabilidade política.

4.4. É certo que a admissão da extradição nestes dois últimos casos contrariava a jurisprudência do TC.

Porém, creio que, caso o Estado requerente se obrigasse formalmente, perante o Estado português, a não aplicar ou a comutar a pena de morte e essa obrigação fosse exequível à luz do seu ordenamento jurídico interno — já por constar de um instrumento de direito internacional vinculante para os tribunais, já por o órgão que presta a garantia ser também competente para determinar a não aplicação ou a comutação definitivas da pena — a recusa da extradição só poderia visar a protecção do extraditando contra a *desconfiança política* que ao Estado português merecia o Estado requerente. E, se esse

fosse o caso, o Estado português deveria assumir a responsabilidade de negar a extradição com decisão política fundamentada, por entender que não estavam garantidas as condições de um *procedimento justo, sc.*, um procedimento que obedecesse ao direito — interno e internacional — aplicável.

Sempre se poderia objectar que se frustraria por completo a proibição constitucional se o Estado português confiasse indevidamente na garantia prestada pelo Estado estrangeiro e este viesse a executar a pena de morte. Mas parece-me que o argumento não colhe: a morte do extraditando proviria então de um facto ilícito (por contrário ao direito internacional) perpetrado pelo Estado requerente, cuja prevenção não cabia, evidentemente, no âmbito de protecção da proibição constitucional. Esta visava apenas impedir, como se disse, que o Estado português cooperasse em procedimentos *juridicamente regulares* que pudessem ter por resultado a aplicação e efectiva execução da pena de morte. Na verdade, ninguém sustentará que a proibição constitucional seria violada se, *v. g.*, o Estado requerente, uma vez obtida a extradição, revogasse a decisão de comutação que, impedindo a aplicação concreta da pena de morte, já permitiria, segundo a interpretação do TC e de parte da doutrina, a cooperação com Portugal; ou se o Estado requerente desse a morte, de facto, ao extraditando, através dos seus agentes, sem todavia executar formalmente a pena de morte.

Em suma: o Estado português devia apenas assegurar-se de que, de acordo com o direito (interno e internacional) aplicável ao caso no Estado requerente, a execução da pena de morte não era possível, juízo que dependia fundamentalmente, insisto, da análise do efeito produzido pelas garantias prestadas sobre a posição jurídica do extraditando à luz do direito (interno e internacional) aplicável no Estado requerente, bem como do grau de confiança política depositada no Estado requerente para cumprir as garantias prestadas (12).

(12) É claro que a avaliação política da fiabilidade dessas garantias e a sua exequibilidade jurídica não se confundem, de forma alguma, com a derrogação da proibição de extraditar do art. 6.º, n.º 2, al. c), do DL 43/91, prevista para a cooperação respeitante a auxílio solicitado com fundamento na relevância do acto para *presumível não aplicação da pena*. Como bem salientaram M. A. LOPES ROCHA/T. ALVES MARTINS (*Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal (Comentários)*, 1992, p. 33) e, na sua esteira, J. FIGUEIREDO DIAS («Extradição e *Non bis in idem* — Parecer», *Direito e Justiça*, IX, 1995, p. 216), o campo de aplicação desta norma restringe-se às formas de auxílio contidas no título VI daquele diploma.

4.5. O regime que tracei não se devia, em minha opinião, à regulamentação vertida no DL 43/91.

Abstraindo das opções tomadas pelo legislador ordinário neste diploma, aquelas eram as soluções que, no plano constitucional, melhor serviam os interesses em conflito (o dever geral de cooperação que liga os Estados enquanto membros da comunidade internacional e a preservação da ordem pública internacional do Estado Português) e não eram vedadas pela expressão literal da proibição constitucional de extradição por crime a que correspondesse pena de morte.

Dáí decorre que o art. 6.º, n.º 2, al. a), do DL 43/91, não se afigurava inconstitucional em nenhum dos seus segmentos, tendo-se o legislador ordinário limitado a concretizar um dos sentidos possíveis da norma constitucional — e, a meu ver, aquele que melhor servia os interesses em jogo, porquanto maximizava a protecção de ambos.

Por outro lado, aceitar esta solução, nos precisos termos em que a enunciei, não implicava fazer depender a protecção do bem da vida «de actos mais ou menos aleatórios das autoridades do Estado requisitante», para utilizar a expressão de Gomes Canotilho (13). A protecção do bem da vida (ou, como prefiro, da ordem pública internacional do Estado português) implicaria a recusa da extradição pelos tribunais nacionais sempre que, justamente, esses actos fossem aleatórios, *sc.*, *sempre que, no contexto do ordenamento jurídico do Estado requerente, não pudessem produzir o efeito a que se destinavam do ponto de vista da posição jurídica do extraditando*. Essa viabilidade jurídica existia, segundo parece, no *caso Leong*, dada a dependência dos tribunais chineses relativamente ao poder político (cfr. a declaração de voto junta ao AcTC 417/95 pelos Conselheiros Vitor Nunes de Almeida e Bravo Serra), e não existia, seguramente, no *caso Varizo* (embora este se referisse à prisão perpétua).

4.6. Enfim, o argumento que o TC quis retirar da formulação de uma reserva, pelo Estado português, ao art. 11.º da CEEextr — que, recorde-se, exclui a recusa de extradição em caso de pena capital quando a parte requerente prestar garantias consideradas suficientes pela parte requerida de que não aplicará ou executará a dita pena — sendo embora pertinente, não se afigura decisivo.

É claro que o sentido dessa reserva só pode ser aquele que o TC muito bem identificou: ao formulá-la, a Assembleia da República quis vincar que, *na sua interpretação das normas constitucionais*, a proibição de extradição por crime a que corresponda pena de morte não cede perante a simples prestação

(13) *Op. cit.*, p. 250.

de garantias, ainda que suficientes, de não aplicação ou de não execução da pena. Todavia, creio que o intérprete da CRP, nomeadamente o Tribunal Constitucional, não fica amarrado à interpretação que dela faz a AR no exercício de competências alheias ao poder constituinte (aprovação de acordos internacionais), em certo momento histórico e para um efeito determinado: trata-se, apenas, da interpretação que um órgão de soberania fez da CRP, a qual não vincula outros órgãos de soberania, nem, seguramente, o intérprete privilegiado da Constituição.

4.7. Por último, a interpretação que esbocei para o direito pretérito mostrava-se não só adequada no plano substantivo, como também perfeitamente praticável no plano processual.

A intervenção do Governo no procedimento extradicional só se compreende pela natureza parcialmente política do acto de extraditar, enquanto acto praticado no âmbito da cooperação com outros países e, portanto, na condução da política externa. Pois bem: no caso de a extradição ser pedida por crime a que correspondesse pena de morte, uma das questões a apreciar liminarmente pelo Governo, à luz dessa competência de natureza estritamente política, seria a seguinte:

se a garantia prestada pelo Estado requerente de que não aplicará ou executará essa pena vier a ser considerada válida e eficaz pelos tribunais, do ponto de vista da posição jurídica do extraditando, ela é também politicamente fiável?

Uma resposta negativa ditaria o imediato arquivamento do pedido, nos termos do art. 50.º, n.º 4, do DL 43/91.

Se a resposta fosse positiva, o procedimento seguiria os seus termos e caberia aos tribunais decidir se a concreta garantia prestada pelo Estado requerente era ou não válida e eficaz, do ponto de vista do efeito pretendido para a posição jurídica do extraditando, à luz do direito (interno e internacional) aplicável ao caso pelas entidades competentes do mesmo Estado.

III — O direito anterior a 1997 (cont.): o estatuto constitucional da proibição de extradição por crime a que correspondesse prisão perpétua ou pena de que resultasse lesão irreversível da integridade física segundo o direito do Estado requerente

1. É sabido que o art. 33.º da CRP não incluía nenhuma limitação expressa da extradição quando ao crime correspondesse pena de prisão perpétua.

Porém, o DL 43/91 veio assimilar, na mesma norma, a proibição de extradição por crime a que corresponda pena de prisão perpétua à proibição de extradição por crime a que corresponda pena de morte, sujeitando-as ao mesmo regime.

A questão que se pôs foi então a de saber se tal assimilação correspondia a «uma interpretação da CRP em termos mais latos do que os decorrentes do seu art. 33.º»⁽¹⁴⁾, ou se, diversamente, se tratava de um alargamento simplesmente legal do regime da proibição de extradição por pena de morte aos casos em que o Estado requerente pune o facto com pena de prisão perpétua⁽¹⁵⁾.

2. O TC, no *Acórdão Varizo*, pronunciou-se inequivocamente no sentido da consagração constitucional implícita de uma proibição de extradição por crime a que correspondesse pena de prisão perpétua. Na fundamentação da decisão, o TC, inspirando-se na citada obra de Lopes Rocha e Teresa Alves Martins, considerou que a conjugação da proibição de prisão perpétua constante do art. 30.º com os princípios da universalidade, da igualdade e da equiparação dos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal, em matéria de direitos, levava à conclusão de que a CRP proibia a extradição quando ao crime correspondesse prisão perpétua na lei do Estado requerente. Em abono desta tese, invocou-se ainda «a prevalência da dignidade da pessoa humana e do seu reflexo na ponderação dos fins das penas, onde necessariamente avulta a recuperação e a reintegração social do delinquentes»⁽¹⁶⁾.

3. O *Acórdão Varizo* foi objecto de críticas por parte de Gomes Canto e de Carlos Fernandes.

O primeiro A. censurou ao TC a equiparação constitucional de ambas as proibições, porquanto «só em caso de pena morte ou de perseguição por motivos políticos a ordem jurídico-constitucional portuguesa se constitui em reduto inexpugnável de protecção dos bens da vida e da liberdade», pelo que a extradição por factos a que correspondesse prisão perpétua não seria proibida pela Constituição⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Implicitamente neste sentido, M. A. LOPES ROCHA/T. ALVES MARTINS, *op. cit.*, p. 33.

⁽¹⁵⁾ Assim, J. FIGUEIREDO DIAS/M. COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 210.

⁽¹⁶⁾ AcTC 474/95, *cit.*, p. 13 795.

⁽¹⁷⁾ *Op. cit.*, pp. 249 e 251. Em sentido próximo, J. FIGUEIREDO DIAS (*op. cit.*, p. 217), que admite a equiparação legal e convencional das duas proibições, embora considere discutível a extensão da proibição constitucional relativa à pena de morte aos casos em que o crime é punível com pena de prisão perpétua.

O segundo A., ao que parece, entendia que o art. 30.º da CRP tem a sua aplicação limitada ao direito interno, pelo que, embora a proibição de extradição por crime a que corresponda prisão perpétua, constante do DL 43/91, seja fundamental no ordenamento jurídico português, não é um imperativo constitucional, mas tão-só legal, destinado a preservar a ordem pública internacional do Estado Português ⁽¹⁸⁾.

4. Em meu entender, a proibição de extradição por crime a que correspondesse pena de prisão perpétua tinha acolhimento constitucional implícito, embora discorde da fundamentação utilizada pelo TC (que praticamente se reconduzia a impor um certo modelo penal aos outros países) e, sobretudo, da decisão de inconstitucionalidade que alcançou (a má aplicação da norma pelo STJ — o Estado requerente *não havia retirado carácter perpétuo à medida*, pelo que se encontrava vedada a aplicação da norma em crise — não podia levar, segundo julgo, a declará-la inconstitucional quando interpretada num sentido que ela manifestamente não admite).

Com efeito, a razão parecia assistir a Lopes Rocha e Teresa Alves Martins ⁽¹⁹⁾, quando defendiam que o art. 33.º da CRP não esgotava o elenco dos casos de recusa de extradição, pois a extradição para aplicação de uma pena cruel ou desumana não seria (constitucionalmente) admissível.

Ainda assim, levantava-se o problema de saber de onde derivava essa inadmissibilidade — e, conseqüentemente, qual o critério que permitia fundamentar a recusa de extradição em todos esses casos.

5. Creio que a proibição de extradição por crime a que correspondesse prisão perpétua se alcançava por *aplicação analógica* do art. 33.º, n.º 3, da CRP: se a proibição de extradição por crime a que correspondesse pena de morte tinha o seu fundamento na preservação da ordem pública internacional do Estado português, ela devia aplicar-se *analogicamente*, nos termos que esbocei, aos casos em que *a colaboração num procedimento de aplicação e execução efectiva da pena prevista para o crime pelo Estado requisitante ofendesse, dada a natureza dessa pena, a ordem pública internacional do Estado português*. E aí incluem-se, julgo eu, a prisão perpétua, as penas cruéis e desumanas e as penas corporais, pois todas elas ofendem de forma intolerável os pressupostos mínimos da vida *humana*, sem os quais, como ensina Orlando de Carvalho,

⁽¹⁸⁾ *Op. cit.*, p. 72 ss., esp. p. 83 s.

⁽¹⁹⁾ *Como na nota 12.*

não se protege a humanidade da vida — mas já não, *v. g.*, a inibição automática de direitos civis ou políticos pela condenação em certa pena apesar de não admitida pelo ordenamento penal nacional.

Da mesma forma, a proibição de extradição por motivos políticos devia aplicar-se *analogicamente* aos casos de perseguição em virtude da religião, raça, sexo ou nacionalidade, pois também nestes casos — análogos ao primeiro — se ofenderia a ordem pública internacional do Estado português. Já a recusa de extradição, *v. g.*, por o Estado requerente não respeitar o princípio da legalidade, ou por admitir os julgamentos penais por tribunais de excepção, embora se fundasse na preservação da ordem pública internacional do Estado português, *não tinha cobertura constitucional, sequer por analogia*, podendo apenas escorar-se na lei ou nos instrumentos internacionais relevantes na matéria ratificados por Portugal.

6. Em conclusão, julgo poder afirmar que o direito constitucional anterior à recente revisão proibia já a extradição por facto a que correspondesse pena de morte, ou pena de prisão perpétua, ou pena de que resultasse lesão irreversível da integridade física, ou outras penas que, pela sua natureza, ofendessem a ordem pública internacional do Estado português, sempre que o Estado requerente não prestasse garantias suficientes, no plano jurídico e político, de que tais penas não seriam aplicadas ou, ao menos, executadas.

IV — A incidência da revisão da CRP no regime constitucional da proibição de extradição em função da pena aplicável segundo o direito do Estado requerente

1. Antes de mais, registre-se a inclusão, ao lado da proibição de extraditar por crime a que corresponda pena de morte, da proibição de extraditar por crime a que corresponda pena de que resulte lesão irreversível da integridade física — um dos casos que há pouco referi como *análogos* à pena de morte.

Põe-se então a questão de saber qual o critério que levou o legislador a «criar» esta «nova» proibição de extraditar.

Não parece que tal relação se possa estabelecer entre os *bens jurídicos* que, supostamente, seriam tutelados pelas ditas proibições (vida e integridade física) e cuja dignidade relativa é, apesar de tudo, bem diferente. Provas cabais dessa diferença encontram-se, aliás, na selecção de uma *área específica* de tutela da integridade física — aparente exclusão da proibição em caso de pena de que resulte lesão *reversível* — e no facto de só agora o bem integridade física ser formalmente «equiparado», para este efeito, ao bem vida.

A analogia das duas situações reside no simples facto de tanto a pena de morte como a pena corporal repugnarem tão intensamente à mundividência da comunidade jurídica nacional que a CRP impõe ao Estado português a obrigação de não cooperar em procedimentos de que pode resultar a sua aplicação e execução, obrigação que, por se destinar a preservar a ordem pública internacional do Estado português, prevalece sobre o dever de cooperação com os restantes Estados em matéria judiciária.

E é só porque as proibições de extradição em função das penas aplicáveis não se destinam a proteger directamente os bens jurídicos potencialmente atingidos por essas penas, mas sim a co-constituir a ordem pública internacional do Estado português em matéria de extradição, que se pode compreender o carácter meramente exemplificativo da sua enunciação nos n.ºs 4 e 5 do art. 33.º da CRP. Na verdade, não é crível que, ao proibir a extradição em caso de pena de que resulte lesão irreversível da integridade física, o legislador constituinte esteja implicitamente a admitir a conformidade constitucional da extradição quando ao crime corresponder a pena de açoites. Da mesma forma, não creio que fosse constitucionalmente válida a lei ordinária que pudesse ser interpretada no sentido de permitir a extradição quando ao crime correspondesse, *u. g.*, pena de exposição pública com desnudamento, ou de perda definitiva de todos os direitos civis e políticos.

Em consequência, há que concluir pela *persistência de proibições constitucionais implícitas de extraditar* nos casos em que a cooperação do Estado português se possa traduzir, dada a natureza das penas aplicáveis, numa violação da sua ordem pública internacional.

2. O actual art. 33.º, n.º 5, da CRP, proíbe a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de prisão ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de duração indefinida, salvo se o Estado requerente oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada.

Por tudo quanto disse, julgo que este era já o regime aplicável antes da revisão constitucional:

- proibição de natureza constitucional resultante da analogia com a proibição de extradição por crime concretamente punível com pena de morte;
- admissibilidade da extradição caso sejam prestadas garantias suficientes, no plano jurídico e político, de que a pena não será aplicada ou executada.

A avaliação dessas garantias deverá fazer-se através da divisão de competências e de acordo com os instrumentos já referidos.

3. Quer isto dizer que, do meu ponto de vista, a revisão constitucional não alterou em nada o regime que, no direito anterior, já cabia à extradição por crime punível com pena de prisão perpétua, limitando-se a dar-lhe expressão formal no art. 33.º

Mas talvez já não possa dizer-se o mesmo da proibição de extradição por crime punível com pena de morte (e, agora, de pena de que resulte lesão irreversível da integridade física): paradoxalmente, apesar de esse segmento normativo não ter sofrido alterações, parece ter sido o único cujo conteúdo foi modificado.

Na verdade, afigura-se inegável que a admissão expressa da prestação de garantias para excluir a proibição relativa à prisão perpétua e a inclusão formal do seu regime num número autónomo significam que o legislador quis distinguir os dois casos. Embora me pareça, como procurei mostrar, uma solução injustificada, seria desonesto pretender que tal separação de regimes não foi intencional.

Assim, deve-se talvez entender que, hoje, a extradição não é possível quando ao crime corresponda, em abstracto, pena de morte ou pena de que resulte lesão irreversível da integridade física, ou, ao menos, segundo a interpretação do TC, quando subsistir uma possibilidade jurídica, ainda que remota, de ela ser aplicada, tendo em vista exclusivamente o direito interno do Estado requerente.

O que significa que o Estado português tem agora a obrigação de recusar um pedido de extradição formulado por um Estado que preveja para a pena de morte um regime idêntico ao que vigorou até há bem pouco tempo na lei belga: apesar da cominação abstracta de tal pena para certos crimes, ela não foi executada neste país durante mais de quatro décadas (desde 1950 até à sua recente revogação formal⁽²⁰⁾), porque era sistematicamente comutada pelo Rei a requerimento do condenado, dos seus familiares ou, na sua ausência, por requerimento oficioso da acusação. E, todavia, a sua aplicação judicial implicava a *possibilidade jurídica* da respectiva execução, já que a comutação, não se produzindo *de jure*, era fruto de um acto gracioso. Ora, parece-me que

(20) Cfr. ANTON V. KALMTHOUT/PETER J. P. TAK, *Sanctions-Systems in the Member-States of the Council of Europe — Part II*, 1992, p. 400.

recusar a extradição neste caso com o único fundamento de que existe uma possibilidade jurídica de a pena de morte, ainda que simbólica, ser executada, é uma decisão legislativa que não realiza interesse algum, pois a preservação da ordem pública internacional do Estado português não exige aqui o sacrifício do dever de (e do interesse na) cooperação internacional.

4. Daqui decorre que, em matéria de proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável, se pode *hoje* falar de proibições *fortes ou absolutas* (as contidas no art. 33.º, n.º 4) e *fracas ou relativas* (a contida no art. 33.º, n.º 5).

Resta então o problema de saber qual destes normativos, com regimes diferenciados, deve ser aplicado, por analogia, aos casos em que o direito do Estado requerente faz corresponder ao facto que fundamenta o pedido uma pena cruel, degradante ou desumana cuja possível execução impeça a cooperação do Estado português.

A solução estará já implícita na argumentação precedente: atendendo a que a ordem pública internacional do Estado português é adequadamente preservada, nos termos que referi, pela prestação de garantias jurídicas e políticas, consideradas suficientes, de que a pena não será aplicada ou executada, e tendo em conta que a decisão de extraditar dá cumprimento, nesse caso, ao dever de cooperação que obriga o Estado português, é forçoso concluir que o n.º 5 do art. 33.º é o candidato que melhor realiza, através da aplicação analógica, os interesses em presença. Desta forma, deve entender-se que o n.º 4 do mesmo normativo é uma norma excepcional, que maximiza para além do necessário a preservação da ordem pública internacional do Estado português, ainda que daí resulte a frustração do dever de cooperação, pelo que a sua aplicação se deve cingir aos casos que expressamente prevê.