

SEPARATA
DE
O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
E A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

O PROCEDIMENTO DE ENTREGA
PREVISTO NO ESTATUTO DE ROMA
E A SUA INCORPORAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

PEDRO CAEIRO



Coimbra Editora

2004

O PROCEDIMENTO DE ENTREGA PREVISTO NO ESTATUTO DE ROMA E A SUA INCORPORAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

PEDRO CAEIRO

SUMÁRIO:

- I — O problema
- II — A entrega como forma autónoma de cooperação judiciária internacional no Estatuto de Roma
 - 1. A terminologia: entrega, extradição e transferência
 - 2. O regime da detenção e entrega previsto no Estatuto
 - 3. Obstáculos e dificuldades na execução do pedido de entrega
 - 3.1. A relevância do princípio *ne bis in idem* como causa de diferimento da execução do pedido de entrega
 - 3.2. A concorrência do pedido de entrega com um pedido de extradição formulado por outro Estado
 - 3.3. O conflito do pedido de entrega com as imunidades e outras obrigações internacionais que vinculem o Estado requerido
 - 3.4. A irrelevância da existência de uma pretensão penal do Estado requerido contra a pessoa pedida, por factos diversos dos que motivam o pedido de entrega
- III — A incorporação do procedimento de entrega no direito português
 - 1. O plano constitucional: a LC 1/2001
 - 2. O plano legal
 - 2.1. A necessidade de intervenção do legislador e as opções de política legislativa
 - 2.2. Tramitação do pedido

2.3. Obstáculos ao pedido de entrega e dificuldades na sua execução

IV — Conclusão

Anexo: extractos do Estatuto de Roma e da Constituição da República Portuguesa

I — O PROBLEMA

1. Uma das peças centrais do Estatuto de Roma é a cooperação dos Estados com o Tribunal Penal Internacional (doravante, o *Tribunal*), regulada especialmente na Parte 9 ⁽¹⁾, sob a epígrafe Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário, pois dela dependerá, em última instância, o efectivo funcionamento do Tribunal. Na verdade, ao contrário do que sucede com os tribunais estaduais, o Tribunal não dispõe de “poderes directos de coerção”, nem de um aparelho de força organizada que lhe permita proceder às investigações e fazer respeitar as suas ordens e decisões ⁽²⁾; por outro lado, os suspeitos e a prova encontram-se normalmente em territórios sujeitos a uma soberania estadual ⁽³⁾. Assim, o Tribunal só poderá exercer as suas funções se os Estados Partes cumprirem a obrigação de “cooperar plenamente” com o Tribunal (artigo 86.º ⁽⁴⁾) e de assegurar “que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam corresponder a todas as formas de cooperação espe-

⁽¹⁾ Como veremos, parte importante do regime da cooperação encontra-se em outras secções do Estatuto, nomeadamente nas disposições relativas à jurisdição do Tribunal e à admissibilidade do caso.

⁽²⁾ Assim, BERT SWART / GÖRAN SLUITER, “The International Criminal Court and International Criminal Co-operation”, in: *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, 1999, p. 91 e s.

⁽³⁾ CLAUS KREB, in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Court. Observers' Notes, Article by Article*, 1999, p. 1045.

⁽⁴⁾ Salvo indicação especial, as disposições legais citadas pertencem ao Estatuto de Roma.

cificadas no Estatuto" (artigo 88.º) ⁽⁵⁾. Da conjugação destas normas resulta que os Estados têm o *dever* de introduzir no seu direito interno mecanismos que possibilitem aquela cooperação plena ⁽⁶⁾.

A matéria da cooperação ganha ainda um relevo particular dentro do Estatuto de Roma porque é composta por princípios e normas dirigidos, simultaneamente, ao Tribunal e aos Estados. As autoridades estaduais são chamadas a intervir constitutivamente nestes procedimentos, ao lado do Tribunal, interpretando e aplicando as regras do Estatuto (e as normas nacionais que visem incorporá-las no direito interno), por aí se tornando também elas, nos limites das suas competências, "guardiãs" do diploma. A acção conjunta que assim se estabelece cria, inevitavelmente, espaços abertos a potenciais fricções e, mesmo, conflitos. Por

⁽⁵⁾ A obrigação de cooperação que recai sobre os Estados é tão importante que o Estatuto prevê a possibilidade de, em caso de incumprimento, o Tribunal "elaborar um relatório" onde estabeleça que o Estado em causa violou aquela obrigação, comunicando depois o conteúdo da decisão à Assembleia de Estados, ou ao Conselho de Segurança, no caso de ter sido este órgão a impulsionar o concreto procedimento em causa (artigo 87.º, n.º 7).

⁽⁶⁾ O âmbito da obrigação imposta pelo artigo 86.º cinge-se às formas de cooperação enunciadas na Parte 9, sem prejuízo das relações que se estabelecem entre elas e outras regras do Estatuto (CLAUS KREB, *como na nota 3*, p. 1053), não devendo atribuir-se a esta norma a criação de um dever suplementar ou residual de cooperar em situações diversas das que aí se prevêm, pois as formas de cooperação estão sujeitas a um princípio de taxatividade (BERT SWART, "International Cooperation and Judicial Assistance: General Problems", in: A. CASSESE / P. GAETA / J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Vol. II, 2002, p. 1595). Em sentido diverso, cf. todavia ANNALISA CIAMPI, "The Obligation to Cooperate", in: A. CASSESE / P. GAETA / J. JONES (eds.), *ibid.*, p. 1612, para quem a obrigação de cooperar não se restringe à cooperação e assistência previstas na Parte 9, antes abrange "todas as obrigações previstas no Estatuto"; cf. também PHAKISO MOCHOKO, "International Cooperation and Judicial Assistance", in: ROY S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, 2002, p. 307.

isso, a dilucidação do regime da cooperação com o Tribunal consiste, em boa parte, num complexo exercício de identificação das competências de cada actor e respectiva articulação.

2. Dentro das formas de cooperação, a mais importante é a *entrega* de uma pessoa procurada pelo Tribunal. Por um lado, porque ela é condição imprescindível para a realização do julgamento sempre que o arguido não se apresente voluntariamente, já que o Estatuto não conhece um processo de ausentes; por outro lado, porque é a forma de cooperação mais gravosa para os direitos individuais, ao implicar a detenção e a colocação coerciva de uma pessoa sob a autoridade de um órgão com poderes jurisdicionais em matéria penal.

3. Tendo em atenção os dois pontos precedentes, as considerações seguintes visam apontar as linhas principais da disciplina a que deverá subordinar-se a entrega de um cidadão ao TPI pelo Estado Português. Para tanto, procuraremos compreender o regime acordado no Estatuto de Roma, avançando depois algumas reflexões sobre as consequências que daí decorrerão para o direito nacional.

II — A ENTREGA COMO FORMA AUTÓNOMA DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL NO ESTATUTO DE ROMA

1. A terminologia: entrega, extradição e transferência

1.1. Até ao início dos anos 90, o termo *entrega* (bem como a sua tradução inglesa *surrender*) era normalmente utilizado como um dos elementos da definição de *extradição*, designando a translação jurídica e física da pessoa com que culmina o respectivo procedimento (7).

(7) Assim, na literatura anglo-saxónica, vd., por todos, M. CHERIF BASSIOUNI, *International Extradition and World Public Order*, 1974, p. 2 e

A primeira autonomização da entrega em relação à extradição, enquanto procedimento de cooperação judiciária internacional *a se stante*, com regulamentação própria, encontra-se, segundo cremos, nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc* para a antiga Jugoslávia (artigo 29.º, n.º 2, al. e)) e para o Ruanda (artigo 28.º, n.º 2, al. e)) [doravante, *os Tribunais ad hoc*], que, sob a epígrafe “cooperação e auxílio judiciário”, se referem à “entrega e transferência” do arguido para os ditos Tribunais. A inovação justificar-se-ia, alegadamente, por o instituto da extradição ter sido concebido para *relações inter-estaduais* e não poder, por isso, regular as relações dos Estados com jurisdições internacionais.

A ideia fez caminho e acabou por encontrar consagração formal no Estatuto de Roma. De acordo com a definição do artigo 102.º do Estatuto, na sua versão portuguesa, “por entrega entende-se a entrega [sic] de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto; por extradição entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto num tratado, numa convenção ou no direito interno” (8).

passim; entre nós, vd. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I (com a colaboração de J. Figueiredo Dias), 1963, p. 188 (cf. todavia *infra*, nota 9); e, paradigmaticamente, na lei portuguesa, o artigo 60.º da L. 144/99, de 31 de Agosto [Lei de Cooperação Judiciária — LCJ], que tem por epígrafe “Entrega do extraditado”. A exceção encontra-se no artigo 227.º do Tratado de Versalhes, que previa um pedido de “*surrender*” de Guilherme II: cf. *infra*, nota 16.

(8) Para a história da terminologia adoptada no Estatuto de Roma, vd. SUNIL K. GUPTA, “Sanctum for the war criminal: extradition law and the International Criminal Court”, 3 *CalCrimLRev.* 1 (Oct. 2000), também disponível em <<http://www.boalt.org/CCLR/v3/v3guptanf.htm>>, e BERT SWART, “Arrest and surrender”, in: A. CASSESE / P. GAETA / R. JONES (eds.), *como na nota 6*, Vol. II, p. 1678 e s.; cf. ainda FRANCO MOSCONI / NICOLETTA PARISI, “Cooperation between International Criminal Court and States Parties”, in: FLAVIA LATTANZI (ed.), *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, 1998, p. 319 e s., e 329 e s.

O objectivo da norma é, pois, o de estabelecer uma distinção conceptual e normativa entre entrega e extradição, para efeito da interpretação e aplicação do Estatuto — a epígrafe do artigo é mesmo “*Termos usados*” —, a partir da *natureza dos sujeitos requerentes e requeridos*: a primeira designa a relação entre o Tribunal e um Estado, enquanto a segunda designa as relações inter-estaduais tradicionais ⁽⁹⁾. Retoma-se expressamente, portanto, a ideia que subjazia já aos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*.

Porém, cremos que a autonomização conceptual e normativa da entrega em relação à extradição se deve a razões bem mais fundas do que a mera diversidade de natureza dos sujeitos intervenientes em cada um dos procedimentos. Na verdade, o argumento segundo o qual o conceito de extradição não teria capacidade para abarçar a entrega ao Tribunal, por ter sido talhado para as relações entre os Estados, é inconclusivo, porque dá por adquirida a resolução do problema: a questão que se punha era, precisamente, a de saber se as regras — e as

⁽⁹⁾ Note-se, contudo, que, na versão portuguesa do Estatuto de Roma, tal como aprovada pela Resolução da AR, a distinção entre *entrega* e *extradição* visada pela norma sai substancialmente frustrada: na alínea *a*), o definido entra na definição (“*por entrega entende-se a entrega*”) e, na alínea *b*), utiliza-se de novo o termo *entrega* para enunciar o conteúdo da extradição. Claro que não se desconhecem as dificuldades linguísticas que levaram a este resultado: na versão inglesa do Estatuto, tanto a entrega (“*surrender*”), como a extradição (“*extradition*”) são definidas através da expressão “*delivering up*”, cuja melhor tradução, no contexto, é, provavelmente, *entrega* (sobre a inadequação do termo *transferência* para este efeito, cf. *infra* no texto, 1.3). De toda a forma, atendendo ao escopo do artigo 102.º, talvez tivesse sido preferível traduzir *delivering up* por *envio* ou *remessa*: já EDUARDO CORREIA, *como na nota 7*, p. 182, definia a extradição como o “*facto pelo qual um Governo remete um indivíduo que se refugiou no seu território ao Governo de um outro Estado [...]*” (itálicos e interpolação nossos). A título de curiosidade, refira-se que o artigo 5.º (3) da lei que regula a cooperação do Reino Unido com o Tribunal (*International Criminal Court Act*, de 11-05-2001), designa a decisão de entrega por “*delivery order*”.

garantias — que comumente disciplinam a extradição entre os Estados se adequavam, ou não, à cooperação com os Tribunais internacionais.

A Conferência de Roma pronunciou-se pela negativa, preferindo, ao menos neste ponto, um modelo “vertical” de cooperação, que se caracteriza por uma *drástica redução da margem de apreciação dos pedidos por parte dos Estados e consequente diminuição das garantias individuais*, bem distante do modelo “horizontal”, *inter pares*, típico da extradição⁽¹⁰⁾. Estas marcas

⁽¹⁰⁾ A distinção entre “relações horizontais” e “relações verticais” surge na *Decisão* da Câmara de 2.^a Instância do TPIAJ, de 29-10-97, *caso Procurador versus Tihomir Blaskic*, §§ 47 e 54, vulgarmente conhecida por *Blaskic subpoena decision*, aparentemente seguindo a sugestão do *Parecer* apresentado por J. A. Frowein, G. Nolte, K. Oellers-Frahm e A. Zimmermann, na veste de *amici curiae*, em nome do *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (J. A. FROWEIN / G. NOLTE / / K. OELLERS-FRAHM / A. ZIMMERMANN, “Investigating Powers of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia *vis-à-vis* States and High Government Officials — Amicus Curiae Brief Submitted by the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Case of the Prosecutor v. Tihomir Blaskic”, *Max Planck UNYB* 1 (1997), p. 349 e ss.); posteriormente, aquela distinção foi desenvolvida por vários autores, tendo culminado nos conceitos de “cooperação horizontal” e “cooperação vertical”: cf. ANTONIO CASSESE, “The Statute of the International Criminal Court: some preliminary reflections”, *EJIL* 10 (1999), p. 164 e s., e BERT SWART, *como na nota* 6, p. 1590 e ss.

No sentido de que “a ideia de um Tribunal Internacional Penal permanente (...) como um instrumento judiciário eficaz na luta contra a impunidade em casos de violações graves dos direitos humanos, como um mecanismo de punição dessas violações graves dos direitos humanos, é, por definição, incompatível com alguns princípios do direito penal internacional tradicional” característicos do modelo horizontal (reciprocidade, dupla incriminação, *ne bis in idem*, especialidade, não extradição de nacionais e cláusula do “crime político”), cf. KAI AMBOS, “The International Criminal Court and the traditional principles of international cooperation in criminal matters”, *The Finnish Yearbook of International Law* 9 (1998), p. 413 e s. Porém, como o A. bem salienta, os dois modelos aproximaram-se substancialmente nas últimas décadas: “se,

características da entrega, que confirmaremos de jeito mais pormenorizado através da análise do respectivo regime, são anunciadas logo pela redacção emblemática do segundo comando contido no artigo 89.º, n.º 1: “os Estados Partes darão satisfação [na versão inglesa, “shall comply with”] aos pedidos de detenção e entrega em conformidade com o presente capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos”, sendo certo que a regulamentação interna dos procedimentos tem que servir “para cumprir, e não para torpear a obrigação de executar os pedidos” (11).

1.2. Numa perspectiva mais ampla, não será despiciendo convocar, a propósito da reflexão sobre as razões que verdadeiramente justificam a autonomização da entrega acolhida no Estatuto de Roma, os procedimentos análogos recentemente instituídos no âmbito da União Europeia. Com efeito, a entrega surge também, como procedimento autónomo, em alguns instrumentos de cooperação judiciária em matéria penal adoptados pelos Quinze. Assim, a *Convenção relativa ao processo simplificado*

particularmente no contexto europeu, o direito da cooperação internacional tende a abolir, ou, pelo menos, a reduzir, os requisitos e os obstáculos à cooperação tradicionais, o Estatuto de Roma também contém muitas concessões à soberania estadual”. No mesmo sentido de que o esquema acolhido no Estatuto de Roma contém elementos essenciais de ambos os modelos, vd. BERT SWART / GÖRAN SLUITER, *como na nota 2*, p. 97 e ss. Nem poderia deixar de ser assim, segundo cremos, atendendo à natureza pactícia do Estatuto, que por isso mesmo não confere ao Tribunal a *auctoritas* de que gozam os Tribunais *ad hoc*, enquanto órgãos criados pelo Conselho de Segurança para o auxiliarem no desempenho das suas funções. De todo o modo, é inegável que, ao menos na concepção do procedimento de entrega, o Estatuto se encontra muito mais próximo do “modelo vertical” de cooperação.

(11) KIMBERLY PROST, in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *como na nota 3*, p. 1070; no mesmo sentido, PHAKISO MOCHOKO, *como na nota 6*, p. 308. Cf. também, com interesse, IDA CARACCILO, *Dal Diritto Penale Internazionale al Diritto Internazionale Penale. Il Rafforzamento delle Garanzie Giudiziarie*, 2000, p. 336 e s.

de extradição entre os Estados-Membros da União Europeia (Convenção de Bruxelas de 10 de Março de 1995) ⁽¹²⁾ utiliza este termo para designar o procedimento pelo qual um Estado remete a outro Estado uma pessoa procurada "para efeitos de extradição" (artigo 2.º), mediante consentimento da mesma, procedimento que não tem forçosamente de incluir um pedido e uma decisão formal de extradição. E a recente *Decisão-quadro do Conselho relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros*, de 13-06-2001 ⁽¹³⁾, avança, como o nome indica, pela mesma senda. Nestes instrumentos, o carácter autónomo da entrega em relação a outras formas de cooperação não resulta da diferente natureza do requerente e do requerido — trata-se aqui, ao menos por enquanto, de relações inter-estaduais —, mas sim do próprio regime que institui o procedimento. Em ambos os casos, a entrega vem ocupar um espaço que pertencia, até então, à extradição ⁽¹⁴⁾, e as muitas diferenças existentes entre ambas podem condensar-se na maior *simplicidade* e *celeridade* da entrega ⁽¹⁵⁾, conseguidas, também elas, à custa da redução dos poderes de apreciação do pedido pelas autoridades do Estado requerido e da compressão das garantias individuais tradicionalmente propiciadas pela extradição.

Ao longo da exposição, procuraremos mostrar que os motivos profundos da escolha do termo *entrega* no Estatuto de Roma se identificam com os que expressamente justificam a criação dos procedimentos de entrega nos instrumentos jurídicos aprovados no âmbito da União Europeia: decisiva é, não a razão formal da diversa natureza do requerente e dos reque-

⁽¹²⁾ Aprovada pela Resolução da AR n.º 41/97, de 18-06-1997, e ratificada pelo Decreto do PR n.º 41/97.

⁽¹³⁾ JO L 190, 18-07-2002, p. 1 e ss.

⁽¹⁴⁾ Desiderato que é expressamente assumido pela *Decisão-quadro* referida na nota anterior: cf. o ponto 11 do respectivo Preâmbulo.

⁽¹⁵⁾ Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "O mandado de detenção europeu — na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?", *RPCC* 13 (2003), p. 36 e ss.

ridos, mas antes a vontade de criar uma forma de cooperação em que o sujeito requerente é o verdadeiro *dominus* de um procedimento onde o requerido tem uma função meramente ancilar ⁽¹⁶⁾.

1.3. Neste contexto, a palavra *entrega* é sem dúvida mais adequada do que *transferência*, que tem já um sentido jurídico próprio, nomeadamente o que lhe é dado pela *Convenção do Conselho da Europa relativa à Transferência de Pessoas Condenadas* ⁽¹⁷⁾, onde se inspiraram os artigos 114.º e segs. da L. 144/99, de 31 de Agosto (Lei da Cooperação Judiciária [LCJ]). Nestes diplomas, a *transferência* diz respeito a pessoas já condenadas em pena ou sujeitas a medida de segurança privativas da liberdade, que são transferidas para o Estado de que são nacionais para aí cumprirem a pena ou a medida aplicada num outro Estado. Porém, a transferência depende do consentimento do condenado e não pode, em caso algum, agravar a sua posição ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Em sentido próximo, IDA CARACCILO, *como na nota 11*, p. 343 e s. Nesta linha de raciocínio, não foi certamente por acaso que os redactores do Tratado de Versalhes evitaram o emprego do termo extradição nos artigos 227.º e 228.º do diploma: o primeiro previa que os Aliados pediriam ao Governo dos Países Baixos "the surrender to them of the ex-Emperor" e o segundo dispunha que o Governo Alemão "shall hand over to the Allied and Associated Powers" as pessoas acusadas de violações das leis e dos costumes da guerra; como também não terá sido por acaso que a versão alemã do Tratado traduzia ambas as expressões inglesas por *ausliefern*.

⁽¹⁷⁾ Feita em Estrasburgo a 21 de Março de 1983, aprovada pela Resolução da AR n.º 8/93 e ratificada pelo Decreto do PR n.º 8/93, de 20 de Abril.

⁽¹⁸⁾ Sobre o tema, pode ver-se, em geral, MICHAL PLACHTA, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation. A Comparative Study. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg* (hrsg. Albin Eser), B. S 39, 1993; e, entre nós, LUIS SILVA PEREIRA, "Transferência de pessoas condenadas", in: J. CRUZ BUCHO / L. SILVA PEREIRA / M. VICENTE AZEVEDO /

O mesmo vale para a transferência temporária de pessoas, nomeadamente de testemunhas, prevista no artigo 93.º, n.º 1, al. f), e n.º 7, do Estatuto de Roma, que também carece do consentimento do visado (19). Daqui decorre que, na transferência, o deslocamento físico da pessoa para fora do Estado onde se encontra não traz alterações significativas ao seu estatuto; diversamente, a entrega ao Tribunal Permanente significa uma mudança de estatuto, pois admite a coerção e tem por fim a colocação da pessoa sob a autoridade de um poder que pretende estabelecer a sua responsabilidade criminal e, eventualmente, sujeitá-la a uma pena (20).

/ M. MENDES SERRANO, *Cooperação Internacional Penal. Volume I. Extradicação. Transferência de Pessoas Condenadas*, 2000, p. 115 e ss.

(19) A excepção encontra-se nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*, que prevêem a possibilidade de detenção e transferência, sem consentimento, de outras pessoas diversas do arguido (artigo 29.º, n.º 2, al. d), do Estatuto do TPIAJ e artigo 28.º, n.º 2, al. d), do Estatuto do TPIR; cf. também a concretização destas normas no direito português através do artigo 14.º da L. 102/2001, de 25 de Agosto [Lei sobre a Cooperação entre Portugal e os Tribunais *ad hoc* — LCJTah]). Compreensivelmente, a Regra 193 do Projecto de Regulamento Processual do Estatuto de Roma prevê que o Tribunal possa *ordenar* (e não *requerer*) a transferência, do Estado da execução da pena para a sua sede, *de uma pessoa por si condenada*, sem necessidade de consentimento da mesma, para depor como testemunha ou prestar qualquer outro auxílio ao Tribunal.

(20) Para além do problema da tradução da norma do Estatuto de Roma de um jeito que preserve a distinção conceptual entre extradição e entrega referido *supra*, nota 9, começa a sentir-se a necessidade da modelação de um super-conceito que abranja, por inteiro, a extradição, a transferência e a entrega, sem se identificar com qualquer deles. Esse super-conceito — que deparará com dificuldades logo no momento da escolha de um nome, dada a ocupação dos termos existentes por conteúdos cada vez mais precisos — deve incluir todos (e apenas) os elementos comuns àquelas formas de cooperação: o procedimento jurídico pelo qual um Estado coloca um indivíduo sob a autoridade de um poder alheio para a satisfação de uma pretensão penal do último.

2. O regime da detenção e entrega previsto no Estatuto

2.1. O procedimento de detenção e entrega tem exclusivamente por objecto pessoas que tenham a condição de suspeitos (*sc.*, contra quem corre um inquérito aberto pelo Procurador), arguidos (*sc.*, contra quem já foi formulada uma acusação) ou condenados num processo penal instaurado no Tribunal.

Embora o Estatuto se refira genericamente ao "Tribunal", a competência para requerer a detenção e entrega de um indivíduo parece pertencer, em princípio, ao juízo de instrução, por solicitação do Procurador, já que, via de regra, a audiência instrutória deve ter lugar na presença do arguido (artigo 60.º, n.º 1). Todavia, se o arguido tiver fugido ou não for possível encontrá-lo, a audiência instrutória pode ocorrer *in absentia* (artigo 60.º, n.º 2, al. b)) e o processo atingirá a fase de julgamento sem a sua presença; ora, como o Estatuto não admite o julgamento de ausentes, qualquer pedido de entrega que se mostre necessário a partir desse momento — seja porque só então se conhece o paradeiro do arguido, seja porque o pedido anteriormente formulado pelo juízo de instrução se frustrou, seja porque surgiram novas informações acerca do paradeiro do arguido que implicam a transmissão do pedido a um outro Estado — caberá ao juízo de julgamento, ao abrigo do disposto nos artigos 61.º, n.º 11, e 64.º, n.º 6, al. a). O pedido deve ser transmitido por via diplomática, excepto se o Estado tiver escolhido outra via no momento da ratificação.

2.2. No que toca especificamente a *detenção*, e de acordo com o artigo 59.º, o Estado Parte que receber um pedido de detenção e entrega adopta imediatamente as medidas necessárias para proceder à detenção, em conformidade com o respectivo direito interno e com as normas do Estatuto que regulam a cooperação internacional. O detido é levado à presença da autoridade judiciária estadual competente, que determina se, de acordo com a legislação nacional, o mandado de detenção é aplicável à pessoa em causa, se a detenção foi efec-

tuada de acordo com a lei e se os direitos do detido foram respeitados (21).

O detido pode solicitar à autoridade judiciária estadual que o autorize a aguardar a entrega em liberdade; nesse caso, a autoridade judiciária notifica o Tribunal do requerimento e este far-lhe-á as recomendações que entender. Ao decidir sobre o requerimento, a autoridade judiciária estadual leva em conta as ditas recomendações e, tendo presente a gravidade dos crimes imputados, determina se se verificam circunstâncias urgentes e excepcionais que justifiquem a liberdade provisória e se existem as garantias necessárias para que o Estado possa cumprir a sua obrigação de entregar o indivíduo ao Tribunal. Porém, a autoridade judiciária não pode examinar a regularidade da emissão do mandado no que toca a *suficiência dos indícios* de cometimento de um crime da competência do Tribunal, nem a *necessidade da detenção* nos termos previstos pelo Estatuto.

2.3. No que diz respeito à *entrega* propriamente dita, o princípio geral é, também, o da cooperação plena, pelo que o pedido deve ser executado pelo Estado requerido. O Estatuto não admite fundamentos de recusa de cooperação que excepcionem aquela obrigação (22), afastando-se do direito extradicionaI comum no que toca a entrega de nacionais, a exceção do "crime político", a aplicabilidade de certas penas ao indivíduo procurado, etc. Nomeadamente, o Estado requerido não pode pronunciar-se acerca da falta de jurisdição do Tribunal sobre o caso para o qual é requerida a cooperação: essa é uma questão que o Tribunal decide soberanamente (23). Deste modo,

(21) O artigo 23.º, n.º 3, da lei que regula a cooperação da Austrália com o Tribunal (*International Criminal Court Act*, de 27-06-2002) impõe ao tribunal nacional o dever de ordenar a libertação do detido caso não se verifique uma daquelas condições, solução que, embora bem fundada, se afigura de compatibilidade duvidosa com o Estatuto, no que respeita às duas últimas hipóteses.

(22) Assim, PHAKISO MOCHOCHOKO, *como na nota 6*, p. 314.

(23) Assim, CLAUS KREB, *como na nota 3*, p. 1053 e s.; cf. todavia *infra* 3.3.

parece que o Estado só não se encontrará vinculado à execução imediata quando o pedido enfermar de vícios formais (*v. g.*, não incluir a narração dos factos ou a qualificação jurídica do crime ⁽²⁴⁾) ou procedimentais (*v. g.*, não ter sido transmitido pela forma apropriada), ou quando o dever cesse por força do direito internacional (onde se incluem as disposições do próprio Estatuto). Porém, mesmo nestes casos, a obrigação de cooperação plena impede que o Estado se limite a recusar a execução, impondo-lhe o início de consultas com o Tribunal para solucionar o problema ⁽²⁵⁾.

3. Obstáculos e dificuldades na execução do pedido de entrega

Como se disse, o Estatuto não prevê qualquer motivo de recusa legítima de executar um pedido de entrega, pelo que o dever de plena cooperação que rege genericamente esta matéria não sofre excepções que não decorram do direito internacional. Assim, se um Estado verificar que a execução de um pedido depara com dificuldades que podem protelá-la ou impedi-la, deve iniciar imediatamente consultas com o Tribunal (artigo 97.º); o que mostra que essas dificuldades não são consideradas pelo Estatuto, em caso algum, como motivo válido de simples recusa de cooperação.

A esta regra geral acresce a regulamentação específica do tratamento de algumas das "dificuldades" a que se refere o artigo 97.º e às quais se dedicam as reflexões seguintes.

3.1. A relevância do princípio *ne bis in idem* como causa de diferimento da execução do pedido de entrega

a) O estatuto jurídico-internacional do princípio *ne bis in idem* não é consensual, sobretudo quando no âmbito do "bis"

⁽²⁴⁾ Cf. o artigo 58.º, n.º 3, als. *b)* e *c)*.

⁽²⁵⁾ Cf. o artigo 97.º

se inclua uma dimensão “externa”, é dizer, quando se pretenda assinalar-lhe uma eficácia internacional ⁽²⁶⁾ — ou, agora, inter-jurisdicional.

De toda a maneira, o artigo 20.º do Estatuto de Roma deu-lhe consagração formal, como pressuposto negativo da jurisdição do Tribunal ⁽²⁷⁾, tanto na sua eficácia “interna” como

⁽²⁶⁾ Uma síntese do problema, com indicações bibliográficas, pode ver-se em CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT / GUY STESSENS, “The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions”, *Int'l CompLQuart* 48 (1999), p. 779 e ss., e IMMI TALLGREN, in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *como na nota 3*, p. 421 e ss., que refere, a propósito, as várias convenções internacionais onde o princípio encontra acolhimento. Os instrumentos internacionais tradicionais que recebem o *ne bis in idem* como garantia individual (nomeadamente, o artigo 14, n.º 7, do *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*, e o artigo 4.º do *Protocolo n.º 7 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*) limitam a eficácia do princípio ao plano intra-estadual, não impedindo, portanto, um *bis in idem* internacional (ou inter-jurisdicional) (assim JOSE DE LA CUESTA / ALBIN ESER, “Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ‘ne bis in idem’”, *RIDP* 72 (3-4) 2001, p. 753, e CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT / TOM ONGENA, “Ne bis in idem principle, including the issue of amnesty”, in: A. CASSESE / P. GAETA / R. JONES (eds.), *como na nota 6*, Vol. I, p. 716). O seu reconhecimento pelo Estatuto de Roma representa, portanto, uma certa “universalização do princípio, que já se continha, a nível regional, nos artigos 54.º e ss. da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen” (KAI AMBOS, *como na nota 10*, p. 420), prosseguindo a tendência mais moderna de conferir eficácia internacional às garantias que lhe são inerentes; aliás, há já quem qualifique o *ne bis in idem* como um princípio geral de direito integrante do direito internacional (cf. STEPHEN MACEDO (ed.), *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, 2001, p. 54).

⁽²⁷⁾ Em verdade, o Estatuto enquadra o respeito pelo *ne bis in idem* como causa de “inadmissibilidade”, dentro da distinção que estabelece entre “jurisdição do Tribunal” e “admissibilidade do caso”: a primeira englobaria apenas os elementos temporais, territoriais, materiais e pessoais da infracção (jurisdição *ratione temporis, loci, materiae e personae*), enquanto a segunda, supondo a verificação daquela, reuniria os restantes elementos que determinam se a questão deve ser apreciada pelo Tribunal (assim, WILLIAM A. SCHABAS, *An Introduction to the International*

“externa”: no que toca a primeira, o n.º 1 daquele dispositivo impõe o respeito da garantia, pelo Tribunal, relativamente aos “actos constitutivos de crimes” pelos quais o próprio Tribunal tenha já condenado ou absolvido o arguido; no que toca a segunda, o n.º 2 implica, para os Estados Partes (28), o dever de

Criminal Court, 2001, p. 55 e s.). Esta distinção tem efeitos normativos importantes no Estatuto: de entre eles, avulta a contraposição entre o *dever* do Tribunal de se certificar oficiosamente de que tem jurisdição sobre todos os casos que lhe sejam submetidos e a *faculdade* de se pronunciar oficiosamente sobre a admissibilidade do caso (artigo 19.º, n.º 1; isto, claro está, sem prejuízo do dever implícito de afrontar a questão quando ela seja suscitada nos termos e pelas “partes” previstas nos restantes números deste artigo: cf. MAHNOUSH ARSANJANI, “Jurisdiction and Trigger Mechanism of the ICC”, in: *Reflections on the International Criminal Court. Essays in Honour of Adriaan Bos*, 1999, p. 74). O regime assim desenhado parece correcto, pois não faria sentido obrigar o Tribunal a pronunciar-se oficiosamente sobre questões que, ao invés dos pressupostos da “jurisdição”, não são elementos necessários do “caso”.

Porém, se é verdade que, no plano terminológico, a distinção se revela útil, ajudando à demarcação de regimes diversos, cremos que, no plano dogmático, ela não tem razão de ser, pois trata-se sempre de pressupostos do poder de dizer o direito no caso concreto e, portanto, de pressupostos da jurisdição do Tribunal (uma reflexão sobre o sentido do conceito de jurisdição no âmbito dos tribunais penais internacionais pode ver-se em PEDRO CAEIRO, “Claros e escuros de um auto-retrato: breve anotação à jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação”, *RPCC* 12 (2002), p. 580 e ss. e p. 595 e ss.). E por isso não surpreende que, como acaba por reconhecer WILLIAM A. SCHABAS, *loc. cit. nesta nota*, a linha que separa os dois “conceitos” nem sempre seja facilmente discernível, mesmo no contexto das normas do Estatuto: é que a admissibilidade é apenas uma sub-categoria, de conteúdo algo heterogéneo, dentro da categoria mais ampla da jurisdição.

(28) De acordo com a sua *ratio*, a garantia deveria abranger também as jurisdições penais internacionais, nomeadamente o TPIAJ e o TPIR. Todavia, a natureza pactícia do Estatuto leva a que as suas normas vinculem apenas os Estados Partes, pelo que o problema, a suscitar-se, deverá ser resolvido autonomamente pelos Tribunais *ad hoc* ao abrigo dos sistemas normativos de que dispõem: cf., a propósito, a *Decisão do Tri-*

aplicar o princípio, na sua ordem interna, relativamente às decisões de absolvição ou condenação proferidas pelo Tribunal, e o n.º 3 dispõe que o caso não pode ser admitido pelo Tribunal se os factos *sub iudice* tiverem sido já objecto de uma decisão de absolvição ou condenação proferida por outro tribunal (estadual ou internacional), a menos que o processo, nesse tribunal, “tenha tido por objectivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal” (al. a)), ou “não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça” (al. b)) (29).

Para além de constituir um fundamento da impugnação da admissibilidade do caso perante o Tribunal, o princípio *ne bis in idem* releva ainda, no artigo 89.º, n.º 2, como um dos poucos fundamentos de oposição do visado ao pedido de entrega perante os tribunais estaduais. Neste ponto, o Estatuto prestou homenagem ao direito comum (interno e convencional) da extradição, que usualmente consagra esta garantia, nas suas

bunal Penal para a antiga Jugoslávia sobre o requerimento da defesa baseado no princípio ne bis in idem, caso Procurador vs. Tadic [IT-94-1-T], de 14 de Novembro de 1995, que recusou a aplicação do princípio por não existir ainda, no procedimento penal que corria contra o arguido na Alemanha pelos mesmos factos, um julgamento do mérito do caso.

(29) Dentro da eficácia “externa” do princípio, no quadro do conceito de “cooperação vertical”, pode distinguir-se entre o efeito “descendente” (n.º 2) e o efeito “ascendente” (n.º 3) do *ne bis in idem*, diferentes na determinação da extensão do “*idem*” e sujeitos a regimes diversos: no primeiro (concepção estrita), o *idem* abrange apenas os factos com a mesma qualificação jurídica (“crimes”), enquanto no segundo (concepção lata) abrange todas as condutas já julgadas por um tribunal estadual, independentemente da sua qualificação jurídica: sobre todo o ponto, cf. CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT / TOM ONGENA, “Ne bis in idem principle, including...”, como na nota 26, p. 709 e ss. e p. 723 e ss.

múltiplas gradações, como um obstáculo à cooperação internacional, *maxime* à extradição. Trata-se, todavia, de uma homenagem muito limitada, já que, de acordo com aquela norma, o tribunal estadual não tem competência para se pronunciar sobre o mérito da oposição, devendo apenas consultar o Tribunal para averiguar se este tomou já uma decisão relevante sobre a admissibilidade do caso: se o caso tiver sido considerado admissível, o tribunal do Estado requerido deve dar seguimento ao pedido ⁽³⁰⁾; se estiver pendente ⁽³¹⁾ uma decisão sobre a questão, o Estado pode diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.

O diferimento da execução do pedido implica que o tribunal do Estado requerido suste a própria decisão de entrega, e não o simples deslocamento físico da pessoa inerente a uma

⁽³⁰⁾ O dever de dar seguimento ao pedido não decorre da simples existência de uma qualquer decisão de admissibilidade: a norma em apreço exige uma decisão *relevante* sobre a admissibilidade, que, para este efeito, é apenas aquela que versa especificamente a questão do *ne bis in idem* e que tomou em consideração os motivos apresentados pelo arguido na sua oposição. Daqui decorre que, perante uma decisão de admissibilidade que não trate a questão, ou que, tratando-a, não rejeite substancialmente os motivos apresentados na oposição, o tribunal requerido pode diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie expressamente sobre o assunto (oficiosamente, nos termos do artigo 19.º, n.º 1, ou a pedido do Procurador, nos termos do artigo 19.º, n.º 3); cf., a propósito, a nota seguinte.

⁽³¹⁾ A palavra "pendente" deve ser aqui interpretada de forma a abranger todos os casos em que ainda não foi tomada uma decisão relevante pelo Tribunal, exista ou não um requerimento ou petição tendente a esse fim (implicitamente neste sentido, cf. também CLAUS KREB, *como na nota 3*, p. 1076, n.º de margem 19: "*the third sentence of paragraph 2 explicitly deals with the hypothesis that the issue of admissibility is not yet clarified by a ruling of the Court*"). Todavia, já não pode considerar-se "pendente", para este efeito, a decisão do recurso que o arguido tenha interposto contra a decisão de admissibilidade tomada nos termos da nota anterior, devendo o Estado requerido, nesse caso, proceder à entrega (IDEM, *ibidem*).

decisão de entrega já tomada ⁽³²⁾. Ainda assim, as disposições do Estatuto mostram claramente que o tribunal do Estado requerido não tem competência para sindicar a violação do princípio *ne bis in idem* que a pretensão penal do Tribunal possa consubstanciar, ficando por isso reduzido, neste ponto, a uma mera "correia de transmissão" da jurisdição internacional.

b) À primeira vista, poderia parecer que a possibilidade de diferimento da execução do pedido quando a oposição do arguido assente na violação do *ne bis in idem* é ditada pela protecção dos seus direitos. Porém, deste ponto de vista, justificar-se-ia a mesma solução sempre que o arguido se opusesse à entrega com fundamento na falta de outros pressupostos da jurisdição do Tribunal (relativos ao local do crime, à nacionalidade do agente, ao tipo de crime perseguido, etc.) e este não tivesse ainda tomado uma decisão sobre a questão, pois também aí o diferimento da execução do pedido permite evitar incómodos e estigmas desnecessários ⁽³³⁾. Importa, por

⁽³²⁾ Diversamente do que dispõe, *v. g.*, o artigo 36.º da LCJ, onde se prevêem alguns motivos de diferimento da "entrega" (no sentido de deslocamento físico) da pessoa que *já foi* objecto de uma decisão de extradição. Pelos motivos expostos *supra* no texto, a epígrafe do artigo deveria ser "Remessa [ou envio] diferida[o]" e não "Extradição diferida".

⁽³³⁾ Em nossa opinião, a possibilidade de diferimento da execução do pedido de entrega prevista no n.º 2 do artigo 89.º diz respeito *exclusivamente* à oposição fundada na violação do *ne bis in idem*, que subordina as duas orações subsequentes ("se o caso for considerado admissível..." , "se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade..."). Aliás, isso mesmo é confirmado pelo facto de a norma se referir apenas às decisões sobre a admissibilidade do caso (onde se incluem as que apreciam a violação do *ne bis in idem*) e já não às decisões sobre a jurisdição do Tribunal. Em sentido aparentemente diverso, cf. todavia CLAUS KREB / KIMBERLY PROST, in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *como na nota 3*, p. 1076; o legislador britânico foi ainda mais longe, ao permitir aos tribunais do seu país "adjourn the proceedings [da entrega] pending the outcome of any challenge before the ICC to the *admissibility* of the case or to the *jurisdiction* of the ICC" (artigo 5.º (4) do ICC Act; interpolação e itá-

isso, encontrar outra explicação convincente para esta especialidade do regime.

A verdade é que, ao admitir excepcionalmente a oposição à entrega perante o tribunal estadual com fundamento na violação do *ne bis in idem*, o artigo 89.º, n.º 2, não o faz em homenagem aos direitos do visado, mas sim no interesse do funcionamento da jurisdição do Tribunal. Em primeiro lugar, e como já se mostrou *supra*, torna-se claro que o tribunal estadual não tem competência para decidir da questão do *ne bis in idem*, a qual cabe exclusivamente ao Tribunal; depois, e consequentemente, esclarece-se que a oposição fundada no *ne bis in idem* não pode ter por efeito uma decisão de recusa da entrega por parte do tribunal estadual, seja qual for o regime previsto, em geral, pelo direito do Estado requerido; em terceiro lugar, previnem-se as objecções que o direito interno de alguns Estados poderia levantar contra a entrega de uma pessoa sem uma decisão judicial que verifique a inexistência de uma violação do *ne bis in idem*.

Assim, resta concluir que o artigo 89.º, n.º 2, importa muito mais naquilo que implicitamente proíbe ou limita do que naquilo que positivamente estatui. Quer dizer: por paradoxal que pareça, a concreta regulamentação da oposição fundada nesta garantia não constitui um excepcional *favor reum* no contexto do modo como o Estatuto concebe as relações entre o Tribunal e os Estados; bem diversamente, ela destina-se a prevenir, por antecipação, as dificuldades por que poderiam passar os pedidos de entrega, atendendo à grande relevância (interna e internacional) do princípio *ne bis in idem* e às interpretações divergentes sobre a sua exacta configuração.

Ora, se assim é, facilmente nos apercebemos da razão pela qual o Estatuto não permite o diferimento da execução do pedido quando a oposição do arguido à entrega se funde na ausência dos elementos territoriais, pessoais ou materiais da

licos nossos), solução que se afigura dificilmente compatível com o Estatuto.

jurisdição do Tribunal. Com efeito, embora o direito interno dos Estados possa conter disposições gerais que obriguem os seus tribunais a verificar a jurisdição do requerente sobre o caso ⁽³⁴⁾, a verdade é que essas disposições, ao contrário das que garantem o *ne bis in idem*, nunca têm dignidade normativa suficiente para se sobreporem à regra que flui dos artigos 17.º e segs. do Estatuto, de acordo com a qual o Tribunal decide exclusiva e soberanamente sobre a sua própria jurisdição. Em consequência, o legislador do Estatuto não sentiu a necessidade de rodear estes casos das cautelas e das cláusulas de compromisso com que tratou a oposição à entrega fundada na violação do *ne bis in idem*.

3.2. A concorrência do pedido de entrega com um pedido de extradição formulado por outro Estado

a) O Estatuto quis regular, no artigo 90.º, a possibilidade de um pedido de entrega apresentado pelo Tribunal conflitar com um pedido de extradição dirigido ao Estado requerido por um outro Estado, distinguindo, nesse caso, duas hipóteses:

- (i) Se o pedido de extradição for formulado pelo outro Estado ⁽³⁵⁾ "*por factos diferentes dos que constituem o crime objecto do pedido de entrega*" apresentado pelo Tribunal, uma de duas: ou o Estado requerido não se

⁽³⁴⁾ Como sucede, entre nós, com o artigo 31.º, n.º 1, da LCJ: "*a extradição pode ter lugar para efeitos de procedimento penal ou para cumprimento de pena ou medida de segurança privativas da liberdade por crime cujo julgamento seja da competência dos tribunais do Estado requerente*" (itálicos nossos).

⁽³⁵⁾ A versão portuguesa do artigo 90.º, n.º 7, do Estatuto, aprovada pela Assembleia da República e publicada no *Diário da República* contém uma gralha algo comprometedora: onde aí se diz "*por um outro Estado Parte*", a versão original do Estatuto refere-se a qualquer Estado ("*from any State*"). Esta gralha implica alterações significativas no sentido da norma e deve por isso ser rectificadas.

- encontra vinculado por uma obrigação internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente — e deve, então, dar prioridade ao pedido do Tribunal ⁽³⁶⁾; ou essa obrigação existe, e o Estado requerido decide se entrega a pessoa ao Tribunal ou se a extradita para o Estado requerente, devendo levar em conta, na decisão do conflito, as datas em que os pedidos foram apresentados, os interesses do Estado requerente (nomeadamente no que diz respeito ao território onde o crime foi cometido e à nacionalidade das vítimas e da pessoa procurada), a possibilidade de uma entrega subsequente da pessoa ao Tribunal por parte do Estado requerente e, em especial, a natureza e a gravidade dos factos em causa ⁽³⁷⁾.
- (ii) Se o pedido de extradição disser respeito aos “*mesmos factos que motivaram o pedido de entrega por parte do Tribunal*” ⁽³⁸⁾, o Estado requerido deve notificar o

⁽³⁶⁾ Artigo 90.º, n.º 7, al. a).

⁽³⁷⁾ Artigo 90.º, n.º 7, al. b).

⁽³⁸⁾ Os n.ºs 1 e 7 do Estatuto obedecem a uma lógica de alternatividade perfeita, repartindo os pedidos concorrentes em duas categorias — respectivamente, os que dizem respeito aos mesmos factos e os que dizem respeito a factos diferentes (cf., v. g., BERT SWART, *como na nota 8*, pp. 1695 e 1698, que distingue os pedidos concorrentes consoante se refiram a “*the same conduct*” ou a “*other conduct*”). A versão portuguesa revela correctamente essa intenção, evitando a formulação incongruente da versão inglesa do Estatuto, onde a norma contida no n.º 7 (“*conduct other than that which constitutes the crime for which the Court seeks the person’s surrender*”) não encontra o seu negativo na redacção ambígua do n.º 1 (“*the same conduct which forms the basis of the crime for which the Court seeks the person’s surrender*”). Na verdade, como a separação das duas situações assenta — e bem — na conduta e não na sua qualificação jurídica, a mesma conduta que “*forma a base do crime*” será também a mesma conduta que constitui o crime que motiva o pedido de entrega, ainda que o Estado requerente a qualifique de forma diversa. A redacção do n.º 1 é tanto mais estranha quanto o artigo 20.º, n.º 3, reconhece o efeito *ne bis in idem* às decisões dos tribunais estaduais que tenham julgado o arguido pela *mesma conduta* (cf. *supra*, nota 29).

Tribunal e o Estado requerente da concorrência de pedidos ⁽³⁹⁾. A partir daí, o regime estatuído no artigo 90.º desdobra-se em várias sub-hipóteses:

- Se o Estado requerente for um *Estado Parte*, a regra é a de que o Estado requerido deve dar prioridade ao pedido do Tribunal, desde que este já tenha considerado o caso admissível, de acordo com os artigos 18.º ou 19.º (ou venha a fazê-lo após a notificação prevista no n.º 1) e tenha levado (ou venha a levar) em conta, na decisão, a existência de um procedimento penal conduzido pelo Estado requerente ⁽⁴⁰⁾. Enquanto o Tribunal não se pronunciar sobre a admissibilidade do caso, o Estado requerido pode deixar prosseguir o procedimento de extradição, mas não pode extraditar a pessoa requerida ⁽⁴¹⁾.
- Se o Estado requerente for um *Estado não Parte* ⁽⁴²⁾, o Estado requerido, desde que não se encontre vinculado por uma obrigação internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente ⁽⁴³⁾, deve dar prioridade ao pedido do Tribunal se este considerar o caso admissível ⁽⁴⁴⁾. Enquanto

⁽³⁹⁾ Artigo 90.º, n.º 1.

⁽⁴⁰⁾ Artigo 90.º, n.º 2.

⁽⁴¹⁾ Artigo 90.º, n.º 3.

⁽⁴²⁾ Preferimos empregar os termos do Estatuto, em vez do usual e porventura mais correcto "Estado terceiro", para evitar qualquer confusão com as disposições do artigo 98.º: cf. *infra*, ponto 3.3. Sobre o problema das relações entre os Estados não Partes e o Tribunal, cf. GEN-NADY M. DANILENKO, in: A. CASSESE / P. GAETA / J. JONES (eds.), *como na nota 6*, Vol. II, p. 1871 e ss.

⁽⁴³⁾ Artigo 90.º, n.º 4.

⁽⁴⁴⁾ Não é claro se, para os efeitos do artigo 90.º, n.º 4, basta uma *qualquer* decisão de admissibilidade, ou se a decisão relevante deve ser, *também aqui*, apenas aquela que leva em consideração a investigação ou perseguição penal instaurada no Estado requerente da extradição, à

não existir uma decisão sobre a admissibilidade do caso, o Estado requerido pode, se assim o

semelhança do que se dispõe no artigo 90.º, n.º 2, als. a) e b), relativo à concorrência do pedido de entrega com um pedido de extradição apresentado por um Estado Parte.

A favor da primeira alternativa milita, desde logo, o teor literal da norma, que se refere secamente a uma decisão de admissibilidade, sem remeter para o regime previsto nos últimos dispositivos citados. Além disso, para quem adscrive ao regime do artigo 90.º, n.º 2, o único objetivo de permitir ao Estado requerido faltar justificadamente ao cumprimento de uma obrigação internacional para com um Estado requerente Parte no Estatuto, que fica vinculado pela decisão de admissibilidade do Tribunal, não faria sentido aplicar aquelas normas a uma situação em que o pedido de extradição é formulado por um Estado não Parte desprovido de uma pretensão internacionalmente vinculante: neste sentido, cf. KIMBERLY PROST, *como na nota 11*, p. 1087.

Porém, ao invés do que pretende a A., *loc. cit. nesta nota*, a ponderação específica, na decisão de admissibilidade, da existência de um pedido de extradição concorrente não é estritamente necessária à justificação do não cumprimento da obrigação internacional perante o Estado (Parte) requerente: esta justificação verificar-se-ia, do mesmo jeito, com uma decisão de admissibilidade genérica — ou sem decisão de admissibilidade alguma! — dada a natureza pactícia do Estatuto e a aceitação implícita, pelos Estados Partes, das derrogações aos deveres que os vinculam mutuamente *nesta matéria* (cf. *infra*, ponto 3.3., a proposta de outros resultados interpretativos em *outras matérias*). Na verdade, como se mostra adiante no texto, o regime previsto no n.º 2 do artigo 90.º — *sc.*, a exigência de que a decisão de admissibilidade pondere o pedido de extradição concorrente — visa garantir, antes de mais, o respeito rigoroso pelo *princípio da complementaridade / subsidiariedade*. E, se assim é, nenhuma razão existe para diferenciar, a este propósito, o conteúdo da decisão de admissibilidade consoante o Estado requerente seja Parte ou não Parte: com efeito, a solução em crítica levaria a dar prioridade a um pedido de entrega nos casos em que o Tribunal não tem conhecimento, no momento da decisão de admissibilidade, da existência de um procedimento penal, pelos mesmos factos, no Estado (não Parte) requerente, em claro atropelo à subsidiariedade da sua jurisdição. Por fim, e decisivamente, só a interpretação que propomos permite compreender a exigência de uma decisão de admissibilidade como condição de prevalência do pedido do Tribunal: não pode esquecer-se que o pedido de entrega se funda direc-

entender, prosseguir com o tratamento do pedido de extradição ⁽⁴⁵⁾. Se o Estado requerido se

tamente nas obrigações internacionais assumidas pelo Estado requerido no Estatuto e, *por isso*, prevalece sobre outros pedidos desprovidos de igual fundamento — a decisão de admissibilidade nada acrescenta àquele dever. Deste modo, só faz sentido tomá-la como condição de prevalência do pedido de entrega se com isso se pretender que o Tribunal leve em conta a investigação ou perseguição em curso no Estado (não Parte) requerente, de forma a que se respeite o princípio da complementaridade / subsidiariedade.

Assim, se houver já uma decisão de admissibilidade do caso, uma de duas: ou o Tribunal ponderou a existência de um procedimento penal em curso no Estado não Parte, de acordo com o n.º 2, al. a) — e a situação deve ser imediatamente subsumida ao n.º 4; ou não o fez, e deve exigir-se então que se pronuncie sobre a questão nos termos da al. b) do n.º 2, aplicando-se, correspondentemente, o disposto no n.º 3. Este entendimento parece garantir mais eficazmente o princípio da subsidiariedade, não afectando a pretensão do Tribunal (pois, de acordo com o artigo 90.º, n.º 3, o Estado requerido não pode extraditar a pessoa antes da *nova* decisão de admissibilidade), nem inutiliza o disposto no n.º 5 do artigo 90.º, que regula apenas a hipótese de *não existir decisão de admissibilidade alguma* no momento em que se decide a extradição (cf. já a seguir no texto).

⁽⁴⁵⁾ Artigo 90.º, n.º 5. Segundo KIMBERLY PROST, *como na nota 44*, p. 1087, e BERT SWART, *como na nota 8*, p. 1696, a função da norma é a de permitir ao Estado requerido prosseguir com o tratamento do pedido de extradição enquanto o Tribunal não se pronunciar sobre a admissibilidade do caso, estando-lhe todavia vedada a efectiva extradição da pessoa até esse momento, por força da conjugação das obrigações impostas pelos artigos 86.º e 89.º Esta interpretação — que, afinal, torna o regime do n.º 5 numa pura reprodução do que se prevê no n.º 3... — é bem fundada, conjugando-se perfeitamente com o raciocínio exposto na nota anterior: o Estado requerido não está numa situação de conflito de deveres, pelo que deve cumprir a obrigação de entregar a pessoa ao Tribunal, salvo se o Tribunal decidir que o caso não é admissível. Por outras palavras: como não é esta decisão que funda o dever de entrega, o Estado requerido não pode satisfazer o pedido de extradição do Estado requerente enquanto o Tribunal não o desonerar da sua obrigação através de uma decisão de inadmissibilidade. Acrescente-se apenas que a decisão que venha a considerar o caso admissível deverá ponderar obri-

encontrar internacionalmente obrigado a satisfazer o pedido de extradição e se o Tribunal se pronunciar no sentido da admissibilidade do caso ⁽⁴⁶⁾, o Estado requerido optará pela entrega ao Tribunal ou pela extradição, ponderando todos os factores relevantes, nos quais se incluem as datas em que os pedidos foram apresentados, os interesses do Estado requerente (nomeadamente no que diz respeito ao território onde o crime foi cometido e à nacionalidade das vítimas e da pessoa procurada) e a possibilidade de uma entrega subsequente da pessoa ao Tribunal por parte do Estado requerente ⁽⁴⁷⁾.

gatoriamente a existência do pedido de extradição do Estado não Parte (*vd.* a nota anterior).

⁽⁴⁶⁾ Relativamente ao conteúdo da decisão de admissibilidade, vale aqui o que se expendeu *supra*, nota 44. O artigo 90.º é omissivo no que diz respeito ao que o Estado requerido deve fazer na pendência de uma decisão de admissibilidade (relevante) caso se encontre internacionalmente obrigado a satisfazer o pedido de extradição do Estado não Parte. Apesar de, neste caso, estarmos perante um verdadeiro conflito de deveres, cremos que a solução não deverá ser diversa da que se apontou na nota anterior: o Estado requerido não deve proceder à extradição antes de o Tribunal se pronunciar sobre a admissibilidade do caso. Em primeiro lugar, porque pode ser o próprio Tribunal a fazer cessar o conflito através de uma decisão de inadmissibilidade; depois, porque a liberdade de apreciação do Estado sobre o conflito, nos termos do n.º 6, deve fundar-se num conhecimento completo das pretensões que presidem aos pedidos, o qual só é possível mediante a avaliação de uma decisão de admissibilidade que tenha ponderado o pedido concorrente; por último, porque os eventuais atritos que possam surgir com o Estado requerente não derivam certamente da espera pela decisão do Tribunal, mas sim das regras de decisão do conflito postas no n.º 6, que podem ser encaradas pelo primeiro como *res inter alios acta*: cf. nota seguinte.

⁽⁴⁷⁾ Artigo 90.º, n.º 6. Sobre as dificuldades que a aplicação destas regras à decisão do conflito pode suscitar, do ponto de vista do direito internacional geral, e as vias da sua superação, cf. BERT SWART, *como na nota 8*, p. 1697.

b) A análise do complexo regime a que o Estatuto subordinou a concorrência de pedidos permite retirar algumas conclusões.

A nota mais marcante é a *posição privilegiada* que os Estados entenderam conferir ao Tribunal no domínio da cooperação judiciária internacional em matéria penal. Porém, a *natureza convencional* do Estatuto implica arranjos delicados no plano do direito internacional (sobretudo em virtude do princípio *pacta tertiis non nocent*, contido nos artigos 34.º e segs. da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*) e por isso se compreende que essa posição privilegiada tenha contornos diferentes consoante o pedido de extradição formulado pelo Estado concorrente se funde, ou não, numa obrigação internacional que vincule o Estado requerido ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ Por aqui se distingue a cooperação com o Tribunal da cooperação com os Tribunais *ad hoc*: o conflito de um pedido de entrega formulado pelos últimos com pedidos de extradição concorrentes (bem como, aliás, o conflito do pedido de entrega com outras obrigações internacionais convencionais do Estado requerido) encontra-se resolvido pelo artigo 103.º da Carta das Nações Unidas, que dispõe que as obrigações assumidas pelos membros das Nações Unidas em virtude da Carta prevalecem sobre as obrigações resultantes de *qualquer* outro acordo internacional: cf. ANDREAS ZIMMERMANN, "The Creation of a Permanent International Criminal Court", *Max Planck UNYB* 2 (1998), p. 226; e BERT SWART / GÖRAN SLUITER, *como na nota 2*, p. 99, nota 16. Este dispositivo parece dever regular também a hipótese de o pedido de entrega formulado pelo Tribunal conflitar com um pedido de um Tribunal *ad hoc*, seja o Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia (a restrição temporal da jurisdição do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda ao ano de 1994 impossibilita qualquer conflito de jurisdição com o Tribunal Permanente, que não possui jurisdição retrospectiva) ou outro tribunal *ad hoc* similar que o Conselho de Segurança venha eventualmente a instituir no futuro [cf. PEDRO CAEIRO, "Tribunais Penais Internacionais: 'etapas de um caminho' ou 'astros em constelação'?" (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma)], *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 10 (2002), p. 102]; sobre o problema da dupla jurisdição internacional e eventuais conflitos que aí possam surgir, cf. OTTO TRIFFTERER, in OTTO TRIFFTERER (ed.), *como na nota 3*, p. 63 e ss., e MICHAEL BOHLANDER, "Pos-

Assim, sempre que essa obrigação não exista (49), os Estados aceitaram abdicar da liberdade de apreciar o conflito de pedidos e dar prioridade ao pedido do Tribunal, não importando se o requerente é um Estado Parte ou não Parte, nem se o pedido de extradição se refere, ou não, aos factos que motivaram o pedido de entrega.

Depois, mesmo que o Estado requerido se encontre internacionalmente obrigado a satisfazer o pedido de extradição, tal obrigação cede a favor do pedido do Tribunal se o Estado requerente também for Parte no Estatuto (há como que uma aceitação mútua de uma derrogação aos compromissos que vinculam os Estados Partes entre si) e se os pedidos tiverem por objecto os mesmos factos.

Em consequência, ainda que exista a obrigação internacional a que nos vimos referindo, o pedido do Tribunal só pode ceder perante o pedido de extradição se o requerente for um Estado não Parte ou se o pedido de extradição (de um Estado Parte ou não Parte) disser respeito a factos diversos dos que motivaram o pedido de entrega (50) (51). Note-se que,

sible conflicts of jurisdiction with the Ad Hoc International Tribunals", in A. CASSESE / P. GAETA / J. JONES (eds.), *como na nota 6*, Vol. I, p. 687 e ss.

(49) Sobre o problema de saber a quem pertence a competência para estabelecer a (in)existência de uma obrigação internacional, cf. *infra*, 3.3.

(50) A faculdade que aqui se confere ao Estado requerido de dar preferência ao pedido de extradição sobre o pedido de entrega afigura-se inadequada quando o procedimento do Tribunal se baseie numa denúncia feita pelo Conselho de Segurança, pois parece contradizer o próprio fundamento da atribuição do poder de impulso processual a este órgão, qual seja, evitar a criação de novos tribunais *ad hoc*, que se guiam, precisamente, pelo princípio da primazia sobre as restantes jurisdições: neste sentido, cf. MAHNOUSH ARSANJANI, *como na nota 27*, p. 70, que explica a incongruência com o facto de os artigos 17.º e 90.º terem sido negociados antes de se ter acordado no figurino final dos pressupostos da jurisdição do Tribunal. Decididamente no sentido de que o pedido de entrega prevalece sobre o pedido de extradição nos casos em que o procedimento tenha sido impulsionado pelo Conselho de Segurança, ANDREAS

mesmo nestes casos, os Estados se obrigam a tomar cautelas especiais na decisão do conflito, concretizadas na exigência de

ZIMMERMANN, como na nota 48, p. 226; a solução enquadra-se na forma como o A. concebe o papel do Tribunal nesses casos: um equivalente funcional dos Tribunais *ad hoc*, que poderia exigir a cooperação de Estados não Partes e que deixaria de estar limitado, *v. g.*, pelo princípio da complementaridade (*ibid.*, p. 216). Pese embora a relativa indefinição em que o Estatuto deixou a matéria das relações entre as duas instituições, esta metamorfose do Tribunal, de instituição definida nos valores que prossegue, nas suas funções e nos limites delas, em mera estrutura apropriável pelo Conselho de Segurança, não deve ser acolhida; neste sentido, cf. também RUTH B. PHILIPS, "The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and Admissibility", *Criminal Law Forum* 10 (1999), p. 72 e s., e LUIGI CONDORELLI / SANTIAGO VILLALPANDO, "Can the Security Council extend the ICC's jurisdiction?", in A. CASSESE / P. GAETA / J. JONES (eds.), como na nota 6, Vol. I, p. 571 e ss.

Para uma crítica de fundo à consagração, no Estatuto de Roma, da possibilidade de o pedido de extradição (do Estado) prevalecer sobre o pedido de entrega (do Tribunal), cf. ANTONIO CASSESE, como na nota 10, p. 166; em síntese, o A. sustenta que as obrigações emergentes do Estatuto deveriam prevalecer sobre as que provêm de outros tratados, dada, por um lado, a primazia de um diploma que estabelece um tribunal *universal* sobre tratados bilaterais ou multilaterais e, por outro lado, o próprio objectivo do Estatuto — administrar a justiça internacional no interesse da paz. Não cremos, porém, que assim seja: o Estatuto de Roma é, também ele, um tratado multilateral, sem particular força jurídica sobre outros instrumentos da mesma espécie, não sendo relevante, para esse efeito, a "universalidade" (que não é, aliás, tão universal assim) da acção que se propõe desenvolver; além disso, ao aprovar e ratificar o Estatuto de Roma, os Estados não quiseram significar que confiavam a protecção do interesse da paz preferentemente ao Tribunal, pelo que não se pode encontrar aqui qualquer primazia das obrigações emergentes do Estatuto. Mais: pode até acontecer que seja justamente o interesse da paz a impor a extradição da pessoa procurada em prejuízo da sua entrega ao Tribunal.

Por último, não parece "surpreendente" (assim todavia BERT SWART, como na nota 8, p. 1698) que o Estado requerido possa dar prevalência ao pedido de extradição formulado por outro Estado *Parte*, por factos diversos dos contidos no pedido de entrega, mesmo quando o Tribunal tenha já considerado o caso admissível: por um lado, como bem nota KIM-

juízos fundamentados, cujos critérios rectores se encontram expressamente postos no Estatuto.

c) A posição privilegiada do Tribunal na concorrência de pedidos só se compatibiliza com o princípio da subsidiariedade graças ao papel atribuído à decisão de admissibilidade, verdadeiro *pivot* de todo o mecanismo. Neste plano, ela não constitui somente uma expressão formal da afirmação, pelo Tribunal, da sua jurisdição sobre o caso: com efeito, não pode esquecer-se que a decisão de admissibilidade — sobretudo para os efeitos vertentes, como expressamente se dispõe no artigo 90.º, n.º 2, al. a) — integra já um juízo sobre a incapacidade ou a falta de vontade das jurisdições estaduais competentes para administrar a justiça naquele caso, aí se incluindo, forçosamente, a do Estado que pretende obter a extradição do visado. Assim sendo, a jurisdição do Tribunal só pode obter realização prática se, tendo considerado o caso admissível, o seu pedido de entrega tiver uma posição de tendencial supremacia em face do pedido de extradição que com ele conflitue.

BERLY PROST, *como na nota 11*, p. 1089, pode suceder que, em casos excepcionais, os factos que motivam o pedido de extradição sejam muito mais graves do que os que originam o pedido de entrega (pense-se, *v. g.*, na disparidade entre a autoria de vários homicídios terroristas e a simples cumplicidade no ataque a bens civis); por outro lado, a eventual existência de uma decisão de admissibilidade não tem, para este efeito, relevo algum, pois ela só pode levar em conta os procedimentos penais instaurados numa jurisdição estadual pelos *mesmos factos* que suscitam a pretensão do Tribunal: não cabe ao Tribunal pronunciar-se sobre a concorrência de uma pretensão penal fundada em factos de que não pode conhecer, nem, muito menos, ajuizar da efectividade da jurisdição que quer perseguir os seus autores.

(⁵¹) De acordo com ANDREAS ZIMMERMANN, *como na nota 48*, p. 227, a discricionariedade dos Estados na resolução destes conflitos tem um limite: se existir, em relação aos factos que motivam o pedido de entrega, uma obrigação de punir imposta pelo direito internacional geral (*v. g.*, um caso de genocídio), e não se passar o mesmo relativamente aos factos que motivam o pedido de extradição, o Estado requerido deve dar preferência ao pedido do Tribunal.

3.3. O conflito do pedido de entrega com as imunidades e outras obrigações internacionais que vinculem o Estado requerido

O artigo 98.º prevê a possibilidade de a execução de um pedido de entrega, a ser levada a cabo, forçar o Estado requerido a uma actuação incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou bens de um Estado terceiro (n.º 1) ⁽⁵²⁾, ou com uma obrigação internacional que o impeça de entregar a pessoa sem o consentimento de um Estado terceiro (n.º 2) ⁽⁵³⁾. Nesse caso, o Tribunal não pode formular o pedido de entrega, salvo se o Estado terceiro renunciar à imunidade ou consentir na entrega. Este regime deve-se, uma vez mais, à natureza convencional do Estatuto: o dever de cooperação com o Tribunal não pode pretender sobrepor-se a todas as outras obrigações que já incumbiam aos Estados no plano do direito internacional ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Sobre toda a questão das relações entre as imunidades de direito internacional e o direito internacional penal, com pormenorizada análise da *jurisprudência Pinochet*, cf. já STEFFEN WIRTH, "Immunities, related problems and Article 98 of the Rome Statute", *Criminal Law Forum* 12 (2001), p. 429 e ss.; uma apreciação da forma como a lei portuguesa regularia o *caso Pinochet*, na hipótese de ser o Estado Português o requerido ou o requerente da extradição, pode ver-se em CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, "Um exemplo de jurisprudência penal internacional: o caso Pinochet", in: MARIA FERNANDA PALMA (org.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, 2000, p. 257 e ss.

⁽⁵³⁾ A hipótese prevista no n.º 2 abrange essencialmente os casos em que a pessoa procurada pelo Tribunal se encontra no Estado requerido graças à extradição ou transferência concedidas por um outro Estado, que normalmente estão subordinadas a cláusulas de proibição de re-extradição sem o consentimento do último (vd., *v. g.*, o artigo 34.º da LCJ), bem como os membros das forças armadas de um outro Estado estacionadas no território do Estado requerido, quando tal seja determinado pelos acordos que regem os Estatutos das mesmas: cf. KIMBERLY PROST / ANCELIKA SCHLUNCK, in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *como na nota 3*, p. 1133.

⁽⁵⁴⁾ Cf. *supra*, nota 50, segundo parágrafo. No sentido de que o regime do artigo 98.º vale apenas para as obrigações internacionais do

A este propósito, importa salientar três pontos: a noção de "Estado terceiro" (al. a)), a identificação do destinatário das normas (al. b)) e a repartição de competências para a avaliação e decisão do conflito (al. c)).

a) Pode questionar-se se o disposto no artigo 98.º, n.ºs 1 e 2 (55), deve ter uma aplicação restrita aos casos em que o "Estado terceiro" não é Parte no Estatuto, ou se deve aplicar-se sem distinguir Estados Partes de Estados não Partes.

(i) Começemos pela análise do problema no âmbito das imunidades (de direito internacional) previstas no n.º 1 do artigo 98.º

Se atendermos aos elementos literal e sistemático da interpretação da norma, verificamos que o Estatuto nunca usa a expressão "Estado terceiro" ("*third State*") para designar um Estado que não é Parte no Estatuto, empregando sempre, para tal efeito, a expressão "Estado que não seja Parte no presente Estatuto" ("*State not Party to this Statute*" (56)). Parece, portanto, que a noção de "Estado terceiro" do artigo 98.º, n.º 1, deve ser compreendida a partir da relação que se estabelece, por força do pedido de entrega, entre o Tribunal e o Estado requerido, abrangendo por isso, na sua "letra", todos os restantes Estados, Partes e não Partes.

Estado requerido surgidas *anteriormente* à sua condição de Parte no Estatuto, convincentemente, STEFFEN WIRTH, *como na nota 52*, p. 454 e p. 456 e ss.; no mesmo sentido cf. ANNALISA CIAMPI, *como na nota 6*, p. 1632.

(55) Para maior comodidade do leitor, transcreve-se o texto integral da norma: "o Tribunal não pode dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade".

(56) Cf. os artigos 12.º, n.º 3; 87.º, n.º 5; 90.º, n.ºs 4 e 6; e 93.º, n.º 10, al. c).

Todavia, entende Paola Gaeta ⁽⁵⁷⁾ que, se o Tribunal tivesse de obter *sempre e em qualquer caso* o levantamento da imunidade da pessoa procurada junto do Estado terceiro (ainda que Parte no Estatuto), como parece resultar da leitura do artigo 98.º, n.º 1, o comando contido no artigo 27.º, n.º 2 ⁽⁵⁸⁾, seria, em larga medida, “desprovido de sentido”, ao menos no que toca as imunidades de direito internacional, pois as pessoas entregues graças ao levantamento da imunidade já não gozariam, evidentemente, da imunidade que esta última norma considera irrelevante para o exercício da jurisdição do Tribunal; em consequência, prossegue a A., uma interpretação literal do artigo 98.º, n.º 1, conduziria a restringir a utilidade do artigo 27.º, n.º 2, aos casos marginais em que o titular de uma imunidade diplomática abandona o Estado onde se encontra e comparece voluntariamente perante o Tribunal ⁽⁵⁹⁾.

Tudo o que levaria a entender, ainda de acordo com a A., que a irrelevância das imunidades imposta pelo artigo 27.º, n.º 2, só ganha sentido útil e autónomo se o Tribunal puder exercer a sua jurisdição sobre pessoas que realmente gozam de uma imunidade de direito internacional no Estado requerido que as entrega — é dizer, se for possível entregar essas pessoas ao Tribunal sem o levantamento da imunidade por parte do Estado terceiro. Assim, para que aquela norma tenha algum *efeito útil*,

⁽⁵⁷⁾ PAOLA GAETA, “Official capacity and immunities”, in: A. CASSESE / P. GAETA / J. JONES (eds.), *como na nota 6*, Vol. I, p. 992 e ss.; implicitamente no mesmo sentido, vd. ANNALISA CIAMPI, *ibid.*, Vol. II, p. 1632; GENNADY M. DANILENKO, *ibid.*, Vol. II, p. 1885 e ss.; e BERT SWART / GÖRAN SLUITER, *como na nota 2*, p. 120 e s.

⁽⁵⁸⁾ O teor da norma é o seguinte: “as imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa”.

⁽⁵⁹⁾ Porém, mesmo neste caso, é duvidoso que cessasse a imunidade, atendendo a que a renúncia não se encontra na disponibilidade do portador, podendo apenas ser levada a cabo pelo Estado para a protecção de cujos interesses foi criada: assim, com razão, STEFFEN WIRTH, *como na nota 52*, p. 431.

deveria concluir-se que a expressão “Estado terceiro” constante do artigo 98.º, n.º 1, designa apenas os Estados que não são Partes no Estatuto; só em relação a eles valeria, portanto, a exigência da obtenção de um levantamento prévio da imunidade por parte do Tribunal junto do Estado terceiro e já não no que diz respeito aos Estados Partes, que teriam renunciado, no artigo 27.º, n.º 2, à protecção conferida pelas imunidades internacionais de que os seus agentes possam gozar no território de outro Estado⁽⁶⁰⁾, seja qual for a sua fonte (costumeira ou convencional), sempre que esteja em causa um pedido do Tribunal⁽⁶¹⁾.

(ii) No plano metodológico, nada parece obstar a que se interprete *restritivamente* a noção de “Estado terceiro” constante do n.º 1 do artigo 98.º *em consequência* da interpretação dada a outra norma do Estatuto. Porém, é justamente a leitura que se propõe do artigo 27.º, n.º 2, que nos suscita muitas reservas: não porque essa não tivesse sido uma solução possível — e porventura mais adequada — do problema, mas porque cremos que ela não decorre efectivamente do Estatuto.

Em primeiro lugar, importa lembrar que, no artigo 90.º, os redactores do Estatuto depararam com um problema semelhante (o conflito do pedido de entrega com uma obrigação internacional que vincula o Estado requerido); e, aí, a diferenciação de regimes aplicáveis consoante o titular da pretensão internacional seja um Estado Parte ou não Parte⁽⁶²⁾ revela ine-

⁽⁶⁰⁾ Que será, normalmente, outro Estado Parte, mas que também pode ser um Estado não Parte que tenha aceitado cooperar com o Tribunal no caso concreto, nos termos do artigo 87.º, n.º 5.

⁽⁶¹⁾ No mesmo sentido, cf. STEFFEN WIRTH, *como na nota 52*, p. 452 e ss., que todavia alcança a conclusão sem problematizar os sentidos possíveis do artigo 98.º, n.º 1, considerando liminarmente que o artigo 27.º, n.º 2, tem por fim “derrogar todas as imunidades radicadas em cargos oficiais no que respeita à instauração de procedimentos perante o Tribunal” e não apenas as imunidades das pessoas que “já se encontram sob a custódia do Tribunal”; para a crítica desta interpretação, cf. já a seguir no texto.

⁽⁶²⁾ Cf. *supra*, ponto 3.2.

quivocamente que os Estados Partes aceitaram a prevalência da obrigação de cooperação com o Tribunal sobre outras obrigações internacionais de cooperação que os liguem entre si. Ora, em nosso entender, mostra-se muito difícil imputar o mesmo sentido à norma prevista no artigo 27.º, n.º 2, que rege, em geral, a jurisdição do Tribunal, e cujo teor não diz directamente respeito à cooperação nem alude a eventuais conflitos de obrigações internacionais. Em matéria tão delicada como a das imunidades diplomáticas — seguramente mais importante para os Estados do que as obrigações de extradição... — custa a crer que os signatários do Estatuto tivessem querido acoitar aqueles resultados interpretativos no *entendimento implícito* de uma norma sobre a jurisdição do Tribunal.

E este argumento conduz-nos à razão que parece decisiva para afastar a interpretação em crítica: é que, independentemente da presumível “vontade do(s) legislador(es)”, o artigo 27.º trata da *jurisdição* do Tribunal, *sc.*, do poder de conhecer dos crimes incluídos no âmbito da sua jurisdição material, que não é afectado pelo cargo ou posição do agente que os praticou (n.º 1) nem pelas imunidades (internas e internacionais) de que este possa gozar no momento da instauração do procedimento (n.º 2). São, por isso, normas de carácter genérico, que visam impedir qualquer entendimento que viesse advogar a eficácia das imunidades contra a jurisdição do Tribunal, no plano substantivo ou processual — mas que não tratam do problema *específico* de, em concreto, se vir a mostrar necessária a entrega de uma pessoa que beneficia, no momento do pedido, de uma imunidade de direito internacional no Estado onde se encontra ⁽⁶³⁾ e que, por isso, não podem ter o escopo de estabelecer uma renúncia dos Estados

(63) Neste sentido, cf. OTTO TRIFFTERER, *como na nota 48*, p. 513, para quem os dois aspectos (*sc.*, a irrelevância das imunidades perante a jurisdição do Tribunal e a eventual necessidade do levantamento de uma imunidade como pressuposto da formulação de um pedido de entrega) “têm que ser separados”.

Partes às imunidades de direito internacional de que gozem os seus agentes no estrangeiro. O que leva a devolver à disposição do artigo 98.º, n.º 1, o seu sentido mais imediato: o Tribunal encontra-se obrigado a pedir o levantamento da imunidade de direito internacional ao Estado que dela beneficia, mesmo que este seja Parte no Estatuto ⁽⁶⁴⁾.

Esta interpretação do artigo 98.º, n.º 1, não conduz — longe disso — a privar o artigo 27.º, n.º 2, do seu “efeito útil”. Para além do (importantíssimo) efeito já referido no parágrafo anterior, as normas que ali se contêm desempenham ainda uma dupla função em matéria de procedimentos de cooperação:

- Por um lado, é precisamente o artigo 27.º, n.º 2, que confere ao Tribunal a necessária credencial para solicitar ao Estado terceiro (Parte ou não Parte) o levantamento da imunidade do seu agente: ao fazê-lo, o Tribunal não utiliza um procedimento informal, num espaço, digamos, “livre de processo” — ao contrário, a solicitação dirigida ao Estado é já *uma actuação da jurisdição do Tribunal*, por aí se mostrando que a imunidade de direito internacional não impede o exercício da dita jurisdição. Sem aquela disposição habilitante, a solicitação formulada ao abrigo do artigo 98.º, n.º 1, poderia ser considerada pelo Estado terceiro como uma pretensão *ultra vires*.
- Por outro lado, e decisivamente, porque é o artigo 27.º, n.º 2, quem cria, para os Estados Partes, a obrigação de não colocar obstáculos à jurisdição do Tribunal em virtude das imunidades de que beneficiem os seus agentes. Daqui decorre que, perante um pedido apresentado pelo Tribunal nos termos do artigo 98.º, n.º 1, o

⁽⁶⁴⁾ Excepto, evidentemente, nos casos em que essa imunidade provenha de um acordo internacional ilegal (por violação do Estatuto: cf. STEFFEN WIRTH, *como na nota 52*, p. 454, nota 101) ou deva decair por força do próprio direito internacional: cf. *infra* no texto.

Estado terceiro, se for Parte no Estatuto, encontra-se obrigado a proceder ao levantamento da imunidade (65).

Se esta é, do nosso ponto de vista, a melhor interpretação do regime integrado pelos dois dispositivos referidos, ela não parece fazer perigar a eficácia da jurisdição do Tribunal. Nesse plano, não se vislumbram motivos para reear que aquele dever venha a ter um grau de cumprimento inferior ao de outros deveres assumidos pelos Estados Partes, *v. g.*, o dever de entregar um cidadão nacional, que pode até ser o Chefe de Estado. Na experiência pragmática, os problemas surgirão, sobretudo, quando o Estado terceiro seja um Estado não Parte no Estatuto, situação que, todos concordam, é regida exclusivamente pelo artigo 98.º, n.º 1.

Por estas razões, entendemos que o Tribunal, antes de proceder com o pedido de entrega, deve pedir sempre o levantamento da imunidade ao Estado titular da pretensão internacional, independentemente da posição que este detenha perante o Estatuto (66), excepto quando entenda que a imunidade é irrelevante perante o direito internacional penal geral, dada a natureza dos crimes em causa (67). Se o Estado terceiro for Parte no Estatuto, encontra-se obrigado, por força do disposto

(65) A conclusão parece inevitável mesmo para quem entende, como nós, que o dever de cooperação imposto pelo artigo 86.º se cinge às formas previstas na Parte 9, conjugadas com outras normas do Estatuto (cf. *supra*, nota 6), pois a obrigação de levantamento de imunidade funda-se directamente no artigo 27.º, n.º 2.

(66) Implicitamente neste sentido, ao que cremos, não distinguindo entre Estados Partes e Estados não Partes, KIMBERLY PROST / ANGELIKA SCHLUNCK, *como na nota 53*, p. 1133 e ss.

(67) Cf. PAOLA GAETA, *como na nota 57*, p. 1000 e s., e, principalmente, STEFFEN WIRTH, *como na nota 52*, p. 430 e ss.; nesses casos, parece que nada impede o Tribunal de proceder imediatamente com o pedido de entrega, sem necessidade de seguir o procedimento previsto no artigo 98.º, n.º 1. A avaliação da irrelevância da imunidade caberá, em última análise, ao Estado requerido.

no artigo 27.º, n.º 2, a proceder ao levantamento da imunidade internacional de que o seu agente disfruta no estrangeiro.

(iii) Passemos agora à análise do conflito do pedido de entrega com as obrigações internacionais do Estado requerido previstas no artigo 98.º, n.º 2.

O raciocínio que se desenvolveu nos pontos anteriores valerá, *mutatis mutandis*, para os acordos internacionais sobre *forças militares estacionadas* que confirmam aos membros dessas forças imunidades análogas às imunidades diplomáticas.

Porém, os acordos militares mais comuns não atribuem imunidades aos membros das forças estacionadas, mas tão-só uma *primazia de jurisdição* ao Estado de envio. Nestes casos, deve ter-se em conta o regime previsto no artigo 90.º e já comentado *supra*, no ponto 3.2., para o conflito de obrigações de entrega e extradição, pois a primazia de jurisdição redundará, substancialmente, numa obrigação de entrega ao Estado de envio.

Deste modo, se o Estado de envio for Parte no Estatuto, parece razoável sustentar que o Tribunal não carece de obter o seu assentimento para a entrega pelo Estado requerido, porque a pretensão do Estado de envio de exercer a sua jurisdição sobre os mesmos factos que fundamentam o pedido do Tribunal terá forçosamente de se corporizar num pedido de extradição/entrega que ficaria sujeito ao regime do artigo 90.º, n.º 2. Assim, verificados os pressupostos exigidos por esta norma (nomeadamente, a decisão de admissibilidade), o Tribunal pode pedir a entrega de um membro das forças armadas de um Estado Parte, sem o seu assentimento expresso, ao Estado onde elas se encontram estacionadas, que deve cumprir o pedido (68).

(68) STEFFEN WIRTH, *como na nota 52*, alcança a mesma conclusão, fundamentando-a embora na sua interpretação geral do artigo 27.º como contendo uma renúncia dos Estados a todas as prerrogativas que impeçam a jurisdição do Tribunal. Para além da crítica a que já se submeteu *essa* interpretação, importa notar que, aplicada ao caso em apreço, ela se

Todavia, se o Estado de envio for um Estado não Parte no Estatuto, a primazia de jurisdição resultará num pedido de entrega concorrente nos termos do artigo 90.º, n.º 6. Ora, ao exigir, nos casos previstos no artigo 98.º, n.º 2, o consentimento do Estado de envio para a *própria formulação do pedido de entrega*, o Estatuto — dada, porventura, a sensibilidade da matéria — quis retirar ao Estado requerido o poder (ou desonerá-lo do dever) de dirimir o conflito entre pedidos ao abrigo do artigo 90.º, n.º 6, privilegiando assim, em última análise, os interesses do Estado de envio, que se tornaria, de outra forma, em Estado requerente não Parte para os efeitos daquela norma, sujeito à decisão do Estado requerido. Deste modo, se o Tribunal pretender a entrega de um membro de forças estacionadas pertencentes a um Estado não Parte, deve conseguir previamente o assentimento deste antes de formular o respectivo pedido.

Relativamente às *obrigações de não re-extradição* (ou não re-entrega), parece ser de acolher a tese segundo a qual o Tribunal só se encontra obrigado a obter o consentimento do Estado titular da pretensão quando este não seja Parte no Estatuto. Não porque os Estados Partes tenham renunciado a essas pretensões em virtude do disposto no artigo 89.º do Estatuto ⁽⁶⁹⁾, mas porque os *fundamentos* sobre que assentam as cláusulas de não de re-extradição (ou não re-entrega) — a protecção da pessoa em questão contra o sistema punitivo de Estados desconhecidos e a preservação dos interesses de política externa do Estado — não se aplicam à entrega ao Tribunal quando o titular da pretensão internacional seja Parte no Estatuto.

mostra particularmente inadequada, pois, não tomando em consideração as preocupações expressas no artigo 90.º, n.º 2 (nomeadamente a existência de uma decisão de admissibilidade), leva a ser *menos exigente* com os pressupostos da detenção e entrega de um membro das forças armadas estrangeiras estacionadas no país do que com o comum cidadão.

⁽⁶⁹⁾ Assim todavia STEFFEN WIRTH, como na nota 52, p. 455, numa interpretação da norma que se nos afigura demasiado lata.

b) O segundo ponto para que compete alertar, já implícito nas considerações precedentes, é o seguinte: o *destinatário* das normas contidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 98.º não é o Estado requerido, mas sim o Tribunal, que, perante a verificação das situações aí descritas, "não pode dar seguimento" ao pedido de entrega; o que significa que a impossibilidade da cooperação não resulta de uma recusa do Estado requerido, mas antes do reconhecimento, por parte do Tribunal, da prevalência de uma obrigação internacional que impede o cumprimento do dever de cooperação.

Este modo de preservar as obrigações internacionais dos Estados é coerente com a regra que lhes denega a faculdade de recusar um pedido de entrega, sobre a qual assenta, como vimos, a cooperação com o Tribunal. Por outro lado, ele importa algumas consequências no plano procedimental. Assim, é ao Tribunal, e não ao Estado requerido, que cabe a responsabilidade de iniciar consultas com o Estado terceiro e obter deste a cooperação necessária (levantamento da imunidade ou consentimento na entrega). Só depois de garantir esta cooperação pode o Tribunal formular o pedido de entrega, que deve, por isso, referir-se-lhe expressamente; se o pedido for apresentado sem que a dita cooperação tenha sido obtida, o Estado requerido deve iniciar consultas com o Tribunal, ao abrigo do artigo 97.º, e alertá-lo para o conflito de deveres, ficando o procedimento a aguardar a resolução do problema ⁽⁷⁰⁾. Evidentemente, se o Tribunal não conseguir garantir a cooperação do Estado terceiro, deve, em qualquer dos casos, renunciar ao pedido de entrega ⁽⁷¹⁾.

c) Tal como sucede no caso da concorrência de pedidos analisada *supra* no ponto 3.2., também aqui a existência de uma *obrigação internacional conflituante* com o pedido de entrega pode impedir a cooperação. O que levanta o problema de

⁽⁷⁰⁾ Cf. KIMBERLY PROST / ANGELIKA SCHLUNCK, *como na nota 53*, p. 1133.

⁽⁷¹⁾ Cf. *todavia supra*, nota 64.

saber, em ambos os casos, quem tem *competência*, e em que *grau*, para se pronunciar sobre a (in)existência dessa obrigação e, conseqüentemente, sobre a (in)existência de obstáculos à execução do pedido de entrega.

Convém começar por notar que os dois grupos de normas têm destinatários diversos. As normas que regulam a concorrência de pedidos são dirigidas às autoridades estaduais, a quem compete tomar uma decisão (de entrega ou extradição) que dirima o conflito de deveres: assim, nos casos previstos pelos n.ºs 6 e 7, al. b), do artigo 90.º (obrigação internacional de extraditar a pessoa para um Estado não Parte no Estatuto), "*o Estado requerido decidirá*" se procede à entrega ou se satisfaz o pedido de extradição. Diferentemente, as normas relativas à imunidade diplomática e à obrigação de não entregar ou extraditar sem consentimento do Estado de envio dirigem-se, como vimos, ao Tribunal, que, nesses casos, "*não pode dar seguimento ao pedido de entrega*".

A diversidade dos destinatários poderia levar ao entendimento de que, no primeiro grupo de normas, o Tribunal teria de aceitar, em qualquer caso, o juízo do Estado requerido sobre a sua vinculação por uma obrigação internacional impeditiva da cooperação, mas já não assim no segundo caso, onde lhe competiria o juízo último sobre a existência e a vinculatividade de tal obrigação, o qual se imporia, portanto, às autoridades do Estado requerido (72). Contudo, cremos que ambas as ilações são precipitadas.

A primeira, porque é claro que não basta a simples invocação, por parte do Estado requerido, de uma pretensa obrigação internacional de extraditar, nos termos do artigo 90.º, n.ºs 6 e 7, al. b), para que a não execução do pedido de entrega

(72) Neste sentido, STEFFEN WIRTH, *como na nota 52*, p. 454, que afirma, enfaticamente: "[a questão de saber] se o cumprimento de um pedido de cooperação, por parte de um Estado, conduz a uma violação de outra norma de direito internacional não deve ser decidida pelo Estado requerido, mas sim pelo Tribunal".

seja lícita à luz do Estatuto. Se assim fosse, o Estado requerido poderia eximir-se licitamente ao dever de cooperação com o Tribunal através do expediente formal da simples comunicação de uma obrigação internacional de extraditar — ainda que forjada, ou mesmo inexistente — para o Estado terceiro, o que frustraria por completo a jurisdição internacional. Deste modo é necessário que, perante a alegação do Estado requerido, o Tribunal não se encontre impedido de considerar que a dita obrigação internacional não existe e de, conseqüentemente, assimilar a extradição para o Estado requerente à recusa (ilegítima) de cooperação, com os efeitos previstos no artigo 87.º, n.º 7.

A segunda ilação também se afigura errónea, porque não se vê de que forma uma decisão do Tribunal, no sentido de que a imunidade diplomática ou a obrigação de não entregar ou extraditar sem consentimento do Estado de envio invocadas não existem, se pode sobrepor ao entendimento contrário propugnado pelo Estado requerido (e, eventualmente, pelo Estado terceiro titular da pretensão). Se assim fosse, o Tribunal teria um verdadeiro *poder de supremacia* na interpretação das normas internacionais que regem, em geral, as imunidades diplomáticas e das que proíbem a extradição ou entrega a terceiro sem consentimento do Estado de envio, que se imporia às autoridades estaduais, ainda que só para efeitos de um concreto pedido de entrega. Mas a atribuição de tal poder soberano de decidir em última instância seria de validade duvidosa no plano do direito internacional⁽⁷³⁾ e careceria, de todo o modo, de uma previsão expressa, pois a retracção de parte tão importante da soberania dos Estados — a interpretação e aplicação

(73) Ao menos para o Estado terceiro (titular da pretensão) que não seja Parte no Estatuto, a decisão do Tribunal é totalmente ineficaz, pelo que a obrigatoriedade do seu acatamento pelo Estado requerido conduziria, precisamente, ao resultado que as normas em apreço querem evitar, qual seja, a constituição do Estado requerido em responsabilidade internacional por imposição do Tribunal.

das normas internacionais que os vinculam — não pode alcançar-se através da doutrina dos poderes inerentes, ou implícitos, que têm, no caso do Tribunal, um âmbito muito restrito, dada a forma convencional da instituição do órgão (74). Ora, por mais lato que se queira tornar o âmbito de aplicação do artigo 119.º, n.º 1, não parece que a divergência de entendimentos entre o Tribunal e o Estado requerido acerca da existência, validade, alcance, etc., das obrigações internacionais que vinculam o último possa reconduzir-se, com propriedade, a um “diferendo relativo às funções judiciais do Tribunal” (75). Assim, o juízo que o Tribunal possa fazer sobre aqueles aspectos não *cria, por si*, um dever para o Estado requerido — esse dever, a existir, há-de fundar-se nas normas que regem a cooperação internacional e no princípio geral da boa fé na execução dos tratados —, ao contrário do que sucede, *v. g.*, com as decisões de admissibilidade tomadas nos termos do artigo 17.º, n.º 1, *als. a)* ou *b)*, dado o específico *poder de supremacia* que os Estados aí conferiram ao Tribunal e a inerente prevalência dessas decisões sobre o entendimento das autoridades estaduais. Por outras palavras: se, em algumas matérias, os Estados transferiram para o Tribunal a prerrogativa de pronunciar a última palavra, à qual se obrigam a obedecer, a apreciação das obrigações internacionais para com terceiros não é uma delas (76).

(74) Salientando, com razão, a diferente extensão dos poderes inerentes ou implícitos que devem reconhecer-se aos Tribunais *ad hoc* e ao Tribunal Permanente, resultante da diferente gênese de cada um, cf. ANNALISA CIAMPI, *como na nota 6*, p. 1614 e s.

(75) Propugnando uma interpretação lata do artigo 119.º, n.º 1, sem todavia versar especificamente o problema que nos ocupa, vd. ROGER S. CLARK, in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *como na nota 3*, p. 1243 e s.; cf. também ALAIN PELLET, “Settlement of disputes”, in: A. CASSESE / P. GAETA / J. JONES (eds.), *como na nota 6*, Vol. II, p. 1841 e ss.

(76) Neste preciso sentido, o artigo 12.º (4) do ICC Act australiano impõe expressamente ao Procurador Geral da Austrália o dever de adiar a cooperação com o Tribunal até que o Estado terceiro renuncie à imunidade ou consinta na entrega, *sempre que não esteja convencido de que a cooperação solicitada não conflitua com as obrigações internacionais do seu país*.

Tudo o que permite retirar algumas conclusões.

Em primeiro lugar, a nomeação de um destinatário nos dois grupos de normas referidos não visa o estabelecimento de uma relação de supremacia-sujeição entre o Tribunal e os Estados (ou vice-versa), mas apenas a indicação do desenho a que o *procedimento* deve obedecer em cada um dos casos. Assim, a determinação da existência de uma obrigação internacional de extraditar conflituante com um pedido de entrega do Tribunal, nos termos do artigo 90.º, n.º 6, e n.º 7, al. b), cabe, em princípio, às autoridades do Estado requerido; a determinação da existência de uma imunidade diplomática ou de uma obrigação de não extraditar ou entregar a terceiro impeditivas da execução do pedido de entrega, nos termos do artigo 98.º, cabe, em princípio e pelas razões expostas, ao Tribunal.

Mas estas precedências processuais não privam a outra "parte" das suas competências próprias.

Se o Tribunal entender que, em qualquer dos casos referidos, tais obrigações não existem, ou não são válidas ou vinculantes, ou não impedem a cooperação requerida, e que a invocação daquelas normas do Estatuto para a não execução do pedido consubstancia uma recusa ilegítima de cooperação por via de uma "fraude à lei", deve proceder de acordo com o disposto no artigo 87.º, n.º 7, comunicando o facto, consoante os casos, à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (77). Este juízo do Tribunal — recusa ilegítima de cooperação, fundada na invocação, contrária à boa fé, de uma obrigação internacional inexistente, inválida ou não vinculante — implica, obviamente, um poder de *jurisdição incidental* sobre as obrigações internacionais que impendem, em geral, sobre os Estados Partes, na estrita medida em que elas podem contender com o exercício da sua jurisdição (principal) num caso concreto. Mas esse é, como se disse, o limite

(77) Sobre a possibilidade de estes órgãos adoptarem medidas sancionatórias contra o Estado infractor, cf. ANDREAS ZIMMERMANN, *como na nota 48*, p. 223 e s.

último dos poderes de apreciação do Tribunal sobre as ditas obrigações.

Por seu lado, o Estado requerido mantém, em ambos os casos, o poder de avaliar as suas obrigações internacionais, pois a responsabilidade que elas acarretam implica, necessariamente, uma autarcia decisória incompatível com o dever de acatamento do juízo de um terceiro que não se encontra legitimado para o efeito.

Assim sendo, pede-se ao Tribunal que, salvo em caso de má fé do Estado requerido, actue com a maior flexibilidade, procurando maximizar os consensos e, no limite, aceitando como boa (ainda que não seja, do seu ponto de vista, a melhor) a interpretação propugnada pelo Estado requerido — que é quem se encontra, recorde-se, numa situação de conflito de deveres — relativamente às obrigações internacionais que o impedem de cooperar.

Daqui decorre o risco inevitável de, em casos extremos, o procedimento atingir um impasse jurídico, dada a inexistência de um árbitro que dirima o conflito entre o entendimento do Tribunal e o do Estado requerido (78). Embora os pressupos-

(78) Estando em causa a existência e vinculatividade de uma obrigação internacional, não está arredada a possibilidade de a Assembleia dos Estados Partes ou o Conselho de Segurança (depois da comunicação que lhes tenha sido feita nos termos do artigo 87.º, n.º 7) solicitarem directamente ao Tribunal Internacional de Justiça um Parecer Consultivo sobre a questão, ao abrigo do artigo 65.º, n.º 1, do seu Estatuto e do artigo 96.º da Carta das Nações Unidas — solicitação que em nada se confunde com o poder da Assembleia de *recomendar* aos Estados que requeiram a intervenção do TIJ para a resolução dos seus diferendos, nos termos do n.º 2 do artigo 119.º Ainda assim, o dito Parecer não vinculará o Estado requerido (nem, aliás, o Tribunal), dada a sua natureza meramente consultiva. Este é um dos assuntos que poderão vir a ser incluídos no futuro “acordo” a celebrar entre a Assembleia de Estados Partes e as Nações Unidas, ao abrigo do artigo 2.º do Estatuto de Roma. Exprimindo algumas reservas relativamente à verificação, naquele órgão, dos requisitos constantes do artigo 96.º da Carta das Nações Unidas, cf. todavia ROGER S. CLARK, *como na nota 75*, p. 1248 e ss.

tos dos problemas sejam muito diversos, nomeadamente porque não está aqui em causa o respeito por normas imperativas, talvez se possa transpor para esta sede a conclusão alcançada por Karl Doehring ⁽⁷⁹⁾ a propósito da questão da eventual ilegalidade, por violação de norma internacional imperativa, de uma resolução do Conselho de Segurança: esgotada a possibilidade de consenso, um Estado não pode considerar-se vinculado, nesta matéria, pela decisão do Tribunal — o risco de interpretação errónea do direito internacional corre por conta do Estado; o risco da ineficácia ou paralisação da própria máquina fica com o Tribunal.

3.4. A irrelevância da existência de uma pretensão penal do Estado requerido contra a pessoa pedida, por factos diversos dos que motivam o pedido de entrega

Resta fazer uma breve referência ao artigo 89.º, n.º 4, que afasta a possibilidade de o Estado se recusar a executar o pedido de entrega em virtude de aí decorrer um procedimento penal contra a pessoa procurada, ou de esta se encontrar a cumprir pena, por factos diversos dos que motivaram o pedido. Nesse caso, o Estado deve consultar o Tribunal “após ter decidido anuir ao pedido” ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ KARL DOEHRING, “Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences”, *Max Planck UINYB* 1 (1997), p. 107 e s.

⁽⁸⁰⁾ A redacção da norma, tanto na versão original como na versão portuguesa, é algo ambígua, ao permitir a leitura segundo a qual o Estado só deve consultar o Tribunal *se* decidir anuir ao pedido. Todavia, a margem de apreciação de que o Estado, nesta interpretação, gozaria, é manifestamente incongruente com o esquema de “cooperação vertical” que descrevemos nos pontos precedentes, pelo que se deve entender que a norma contém, na realidade, dois comandos: o dever de anuir ao pedido, como concretização do dever geral de plena cooperação, e o dever de consultar o Tribunal para estabelecer de que forma se satisfará a pretensão penal do Estado requerido atingida pela execução do pedido. Neste sentido, cf. CLAUS KREB / KIMBERLY PROST, *como na nota* 33, p. 1079.

Atendendo à relevância da presença do arguido no contexto do processo estabelecido pelo Estatuto, é duvidoso se o Estado requerido pode diferir, unilateralmente, o envio da pessoa para o momento ulterior do termo do procedimento penal estadual ou da execução da pena ⁽⁸¹⁾.

III — A INCORPORAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE ENTREGA NO DIREITO PORTUGUÊS

1. O plano constitucional: a LC 1/2001

De acordo com a cláusula de “recepção automática condicionada” ⁽⁸²⁾ ínsita no artigo 8.º, n.º 2, da CRP, o Estatuto de Roma vigora já na ordem interna portuguesa, pelo que a aplicabilidade das normas que envolvam a actividade das autoridades nacionais não depende de uma sua transposição para o nosso ordenamento jurídico. Porém, o carácter fragmentário do Estatuto, de um lado, e a incompatibilidade de algumas das suas disposições com o direito português, de outro, obrigam a uma intervenção do legislador no sentido de harmonizar os dois sistemas normativos e de propiciar a sua correcta aplicação.

1.1. Essa tarefa de harmonização começou a ser empreendida com a LC 1/2001, de 12 de Dezembro, a qual, ao incluir no artigo 7.º, n.º 7, da CRP, uma cláusula geral de aceitação da

⁽⁸¹⁾ O artigo 30.º do *ICC Act* australiano permite o diferimento do envio mediante o estabelecimento de consultas com o Tribunal.

⁽⁸²⁾ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., 1993, p. 83, e FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público. Parte I*, 2001, p. 70 e ss.; cf. também PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Relações entre o direito internacional e o direito interno”, *DJ IV 1989/1990*, p. 171, e JÓNATAS MACHADO, *Introdução ao Direito Internacional (Sumários desenvolvidos). 2.ª Turma. Ano lectivo de 2001-2002 (policop.)*, 2002, p. 109 e ss.

jurisdição do Tribunal nos termos estabelecidos no Estatuto de Roma, resultou na derrogação implícita das normas constitucionais que eventualmente se lhe pudessem opor.

Era, desde logo, o caso das imunidades outorgadas pela CRP ao Presidente da República, deputados e membros do Governo, que devem agora considerar-se excepcionadas pelo dito normativo ⁽⁸³⁾.

Era também, em nossa opinião, o caso da proibição de extradição de nacionais e da proibição de extradição quando ao crime possa ser aplicada e efectivamente executada uma pena de prisão perpétua. É certo que estas garantias, na sua expressão literal, dizem respeito apenas à *extradição*, mas cremos que, na ausência de disposição especial em contrário, elas deveriam aplicar-se também à entrega, porquanto se trata, em ambos os casos, de uma decisão do Estado português que coloca uma pessoa sob o controlo de uma autoridade dotada de *ius puniendi* — e não importaria, para este efeito, que o requerente fosse um Estado ou um tribunal internacional, pois a *ratio* dessas garantias não se esgota na protecção contra um poder *especificamente estadual* ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸³⁾ Sobre o ponto, vd. os textos de VITAL MOREIRA e ANA LUISA RIQUITO nesta obra.

⁽⁸⁴⁾ No sentido de que as limitações constitucionais relativas à extradição se aplicavam também à entrega a uma jurisdição internacional (Tribunais *ad hoc* e Tribunal Penal Internacional), cf. logo MÁRIO MENDES SERRANO, “Extradição — Regime e Praxis”, in: J. CRUZ BUCHO / L. SILVA PEREIRA / M. VICENTE AZEVEDO / M. MENDES SERRANO, *como na nota 18*, p. 102, que reputava tal conclusão de “evidente”, invocando ainda a “convergência”, nesse sentido, das intervenções produzidas durante o debate parlamentar de 16 de Junho de 1999 (DAR, I, de 17-06-99, p. 3391 e ss.), relativo à discussão das propostas de lei de cooperação judiciária; seguindo o mesmo entendimento, cf. também o *Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, apresentado pelo Deputado Alberto Costa*, in *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 18, de 9-12-2000, ponto 9 (publicado agora em ALBERTO COSTA, *Tribunal Penal Internacional. Para o fim da impunidade dos poderosos*, 2002, p. 25), e PEDRO CAEIRO, “Ut puras servaret manus”, RPCC 11 (Jan.-Mar. 2001), p. 61. Pro-

Isto desde que se veja a cooperação internacional em matéria penal, não como mera interação entre Estados (ou, agora, entre jurisdições estaduais e trans-estaduais), mas sim como uma *relação triangular* que envolve, também, os direitos e as garantias da pessoa visada ⁽⁸⁵⁾. A inclusão deste “terceiro

pendendo para a conclusão oposta, cf. todavia o *Parecer* n.º 33/1999, da Procuradoria-Geral da República, de 27-01-2000, relatado pelo então Procurador-Geral Adjunto Dr. José Souto de Moura; aparentemente no mesmo sentido de que a proibição de extradição de nacionais não deveria aplicar-se à entrega ao Tribunal, ficando a alteração da norma constitucional alemã homóloga a dever-se apenas a “razões de clarificação”, vd. KAI AMBOS, *como na nota* 10, p. 421, e STEFFEN WIRTH, *International Criminal Law in Germany. Case Law and Legislation (Presentation to the Conference Combating International Crimes Domestically, Ottawa, April 2002)*, p. 11, disponível em < http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>.

O que fica dito em texto aplica-se, ainda hoje, aos procedimentos de entrega aos Tribunais *ad hoc*: as normas que permitam a entrega, a estes Tribunais, de nacionais portugueses, ou de pessoas a quem possa ser aplicada uma pena de prisão perpétua com execução efectiva (nomeadamente, os artigos 8.º, n.º 1, e 10.º da LCJTah) são, nessa leitura, *inconstitucionais*, pois não parece que uma resolução do CS (ainda que fundada na Carta das Nações Unidas) possa prevalecer sobre as normas da CRP que consagram garantias fundamentais. Assim, o “dever peremptório e incondicional” (BERT SWART, *como na nota* 6, p. 1594) que obriga os Estados a cooperar com os Tribunais *ad hoc* não pode ter a consequência de sujeitar os tribunais portugueses a violar a sua Constituição: o efeito daquele dever, mediatamente fundado no artigo 25.º da Carta, traduz-se, entre nós, na obrigação que impende sobre o Estado Português de modificar o seu ordenamento constitucional, sob pena de a correcta aplicação analógica do artigo 33.º da CRP pelos tribunais nacionais poder levar à recusa de um pedido de entrega formulado pelos Tribunais *ad hoc* e, assim, fazer incorrer o Estado em incumprimento internacional.

⁽⁸⁵⁾ Sobre o problema da integração dos direitos da pessoa nos procedimentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, cf. o estudo de OTTO LAGODNY, *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters*, 2002 (sumário da obra ALBIN ESER / OTTO LAGODNY / CHRISTOPHER L. BLAKESLEY (eds.), *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters - A Comparative Study*, disponível em < http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>).

sujeito" permite compreender que a maximização da cooperação judiciária internacional em matéria penal não resulte, necessariamente, num correlativo aumento da protecção dos direitos humanos ⁽⁸⁶⁾. Infelizmente, os desenvolvimentos mais recentes, tanto a nível regional como internacional, parecem vir dar novo fôlego àquela primeira perspectiva, utilizando o discurso dos direitos humanos *principalmente* a favor do fortalecimento da cooperação repressiva e subestimando a compressão dos direitos do visado que por essa via se opera. Não podemos, por isso, acompanhar aqueles que associam exclusivamente a exigência de certas condições para a cooperação judiciária internacional à "quase absoluta soberania dos Estados" ⁽⁸⁷⁾.

1.2. Em segundo lugar, há que sublinhar que a lei de revisão constitucional incluiu um inciso no artigo 33.º, n.º 6, que proíbe a "entrega a qualquer título" por motivos políticos. A precisão "a qualquer título" mostra que o legislador quis abranger todos os procedimentos de entrega, sem excepção, aí se incluindo, naturalmente, o previsto no Estatuto de Roma, cuja jurisdição a

⁽⁸⁶⁾ Para uma análise crítica da evolução da cooperação judiciária internacional em matéria penal, *maxime* da extradição, nos Estados Unidos da América, do ponto de vista da protecção dos direitos humanos, *vd.* a interessante obra de CHRISTOPHER H. PYLE, *Extradition, Politics and Human Rights*, 2001, *passim*. A tensão entre a cooperação com o Tribunal e a protecção dos direitos humanos também não passa despercebida a WILLIAM A. SCHABAS, *como na nota 27*, p. 111 e s.

⁽⁸⁷⁾ Assim todavia KAI AMBOS, *como na nota 10*, p. 413, fazendo-se eco da doutrina mais corrente no momento, e, no contexto específico da União Europeia, PAOLO BERNASCONI, *Nuovi Strumenti Giudiziari contro la Criminalità Economica Internazionale*, 1995, p. 35 e s. e p. 415 e ss. Ainda que a proposição em crítica fosse verdadeira, teríamos de nos distanciar, de todo o modo, da axiomática — e descabida — conotação negativa que o "internacional-humanismo" dá hoje à soberania em matéria de cooperação internacional penal; mas essa é uma questão cuja discussão transcende os limites deste ensaio.

mesma lei veio simultaneamente aceitar ⁽⁸⁸⁾. Daqui decorre que, na hipótese improvável de os tribunais portugueses entenderem que certo pedido de entrega é feito por motivos políticos, devem recusá-lo, desaplicando, por inconstitucionais, as normas (internacionais e internas) que permitem a entrega nesse caso.

Aparentemente, este ponto seria extraordinariamente delicado, por várias razões. A primeira, porque se trataria de um verdadeiro fundamento constitucional de recusa do pedido de entrega, contrariando as disposições do Estatuto. A segunda, porque a expressão “por motivos políticos” admite vários sentidos. A terceira, porque grande parte dos crimes que caem sob a jurisdição do Estatuto são normalmente praticados num contexto de luta política. Assim, à primeira vista, a conjugação destes três factores abriria perigosamente a porta a decisões de recusa de cooperação, por parte das autoridades nacionais, conflitantes com os compromissos assumidos pelo Estado Português no Estatuto de Roma.

Contudo, não cremos que haja um verdadeiro conflito entre o artigo 7.º, n.º 7 — que, recebendo o Estatuto de Roma na íntegra, aceita implicitamente o princípio de que os Estados não podem recusar um pedido de entrega — e o novo n.º 6 do artigo 33.º da CRP. Na verdade, esta proibição limita-se a concretizar os termos em que a Constituição permite ao Estado Português a aceitação da jurisdição do Tribunal, a qual se encontra condicionada à “realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos”. Ora, facilmente se compreende que um pedido de entrega “por motivos políticos” não cumpre este desiderato, encontrando-se fora do âmbito da cooperação a que o Estado Português aceitou vincular-se. Em rigor, esta proibição constitucional é redundante, pois a solução que prescreve alcançar-se-ia, da mesma forma, através da boa interpretação do artigo 7.º, n.º 7.

(88) O novo inciso abrange também os procedimentos de entrega instituídos no âmbito da cooperação judiciária da União Europeia (cf. *supra*, II, 2.2.).

Ainda assim, o comando do artigo 33.º, n.º 6, tem duas funções úteis: em primeiro lugar, clarifica, de forma expressa, uma intenção normativa que, na sua ausência, exigiria um delicado labor interpretativo; em segundo lugar, certifica positivamente — e este é, sem dúvida, o nó górdio da questão — a competência das autoridades nacionais para sindicar uma eventual perversão do Estatuto por parte do Tribunal.

Não devemos estranhar a atribuição desta competência. Não pode esquecer-se que o procedimento de entrega é, à luz do Estatuto, uma forma de *cooperação*. E, por mais "vertical" que ela se afigure, a cooperação implica uma decisão constitutiva do processo por parte do Estado requerido, que aí assume a sua quota-parte de responsabilidade. Em última análise, também cabe aos Estados Partes, no exercício das competências que lhes são conferidas, proteger o Estatuto de Roma contra uma eventual utilização perversa do mesmo pelo Tribunal. A título de exemplo, para desdramatizar a questão: ninguém duvidará da competência das autoridades nacionais para recusar um pedido de entrega de uma pessoa em relação à qual não foi sequer instaurado um inquérito pelo Procurador, ou baseado num crime de furto ou de tráfico de droga. Ora, se não se deve demonizar o Tribunal, criando a ideia falsa de que tudo pode fazer sem controle, também não se pode elevá-lo à categoria de instituição sempre pura e infalível, excluindo em absoluto o risco de uma actuação abusiva e violadora do Estatuto.

Importa alertar para um último aspecto. Os termos muito amplos em que a Constituição acolheu o Estatuto de Roma poderiam levar-nos a concluir que a proibição de entrega por motivos políticos deveria ser interpretada restritivamente, de forma a reduzir ao mínimo, não a colisão de normas — que, como vimos, não existe verdadeiramente —, mas a possibilidade de conflito entre o entendimento do Tribunal e o entendimento das autoridades nacionais sobre o assunto. Para tanto, poderia advogar-se que, tratando-se de um pedido de entrega formulado pelo Tribunal, a proibição só impediria o pedido a que presidisse *exclusiva e notoriamente* uma intenção de perseguição política.

Todavia, não seria jurídico-constitucionalmente adequado interpretar restritivamente uma norma que, funcionando *pro libertate*, contém uma garantia fundamental. A redução de eventuais conflitos não deve conseguir-se, portanto, por meio de um entorse às regras que presidem à hermenêutica dos direitos fundamentais, mas sim através do cumprimento rigoroso dos deveres institucionais que impendem sobre as entidades envolvidas: ao Tribunal, pede-se que aplique escrupulosamente o Estatuto que rege a sua jurisdição; às autoridades nacionais, que tomem em consideração, no momento da decisão, a natureza particular do Tribunal e das situações sujeitas à sua jurisdição. A verificação desta dupla condição garantirá, por certo, a virtual eliminação de conflitos entre os juízos do Tribunal e as decisões das autoridades estaduais.

2. O plano legal

2.1. A necessidade de intervenção do legislador e as opções de política legislativa

Todas as contas feitas, o legislador constitucional deixou as mãos livres ao legislador ordinário para regulamentar o procedimento de entrega como bem lhe aprouvesse, dentro do cumprimento das normas do Estatuto.

A LCJ contém já algumas referências à cooperação com entidades judiciárias internacionais estabelecidas no âmbito de tratados ou convenções que vinculem o Estado Português⁽⁸⁹⁾. Porém, se compararmos o regime resultante dessas disposições com o regime do Estatuto de Roma que acabámos de resumir, logo nos apercebemos da insuficiência e, em alguns casos, da inadequação do direito interno português actual para responder aos pedidos de entrega formulados pelo Tribunal.

(89) Cf. os artigos 1.º, n.º 2; 15.º, n.º 2; 26.º, n.ºs 2 e 4; 27.º, n.º 3; 31.º, n.º 5; 37.º, n.º 2; 40.º, n.º 1; 42.º; 145.º, n.º 3; 148.º, n.º 2; 149.º; e 151.º, als. b) e c).

Paradigmáticamente, o artigo 31.º, n.º 5, manda aplicar ao pedido de entrega, "com as devidas adaptações", as condições da extradição enunciadas nos números precedentes. Ora, as adaptações requeridas pelo Estatuto levam, pura e simplesmente, à eliminação da maior parte das ditas condições, nomeadamente o requisito da dupla incriminação previsto no n.º 2 e o limite mínimo da pena por cumprir previsto no n.º 4. Além disso, os requisitos negativos previstos nos artigos 6.º a 8.º, 32.º e 33.º são quase todos incompatíveis com as normas do Estatuto e devem, por isso, considerar-se derogados por ele. Tudo o que aconselha, pois, a uma intervenção legislativa que clarifique e regule o regime aplicável à cooperação com o Tribunal.

A primeira questão que se levanta, a este propósito, é a da determinação da forma a seguir: inclusão de normas especiais na actual LCJ ou edição de um diploma específico sobre o assunto. Ambas as opções comportam vantagens e desvantagens.

A favor da primeira hipótese, pode invocar-se a conveniência da unidade formal e sistemática da regulamentação dos procedimentos de cooperação, sendo certo que a LCJ já procura, de forma incipiente, abranger o problema.

A favor da segunda, dir-se-á que a matéria a regulamentar é consideravelmente vasta, pois o âmbito da cooperação não se restringe à entrega, abarcando também outros procedimentos que não foram aqui tratados (nomeadamente, a prisão preventiva e as várias formas de cooperação previstas no artigo 93.º do Estatuto). Mas o argumento que nos faz propender para a edição de uma lei autónoma é o de que não haveria vantagem em englobar este tipo de cooperação na sistemática da LCJ, porque o modelo de "cooperação vertical" que inspira o Estatuto rompe profundamente com a concepção geral ali vertida, assente num modelo de "cooperação horizontal": a inclusão das novas normas constituiria um verdadeiro "quisto" dentro da lei geral da cooperação e poderia até prejudicar a unidade de sentido da mesma — no fundo, as mesmas razões que levaram o legislador português a regulamen-

tar a cooperação com os Tribunais *ad hoc* num diploma separado. De todo o modo, o acervo normativo contido na LCJ deve servir de referência à preparação do novo diploma e de lei subsidiária em tudo o que ele não derrogar.

Assim, as considerações seguintes supõem já uma certa concepção de fundo de toda a matéria e, em certos casos, limitam-se a concretizar, para a entrega, as regras que, em nossa opinião, deverão funcionar como traves-mestras da cooperação com o Tribunal.

2.2. Tramitação do pedido

A questão mais importante que se põe a este propósito é a de saber quais as autoridades estaduais que devem participar no procedimento de entrega e quais as respectivas competências.

Desde logo, é evidente que a intervenção do poder judicial é imprescindível e, mesmo, constitucionalmente imposta. Na verdade, a recepção do Estatuto de Roma na Constituição implica a legitimidade constitucional da detenção para efeitos de entrega ao Tribunal, que não se encontra expressamente prevista no catálogo das restrições ao direito à liberdade contido no artigo 27.º, n.º 3, da CRP. Assim, cabe ao intérprete construir, para este efeito, o regime que mais se adequa àquela privação da liberdade, o qual não pode ser diferente, no plano constitucional, do que vale para a extradição; o que significa que a detenção para entrega ao Tribunal tem que estar sujeita, no mínimo, ao "controle judicial" imposto pelo artigo 27.º, n.º 3, al. c), da CRP⁽⁹⁰⁾. Raciocínio que vale também, *muta-*

(90) A LC 1/97, de 20 de Setembro, aditou à "prisão ou detenção" a expressão "ou outra medida coactiva sujeita a controle judicial". No plano gramatical, não é claro se o "controle judicial" se refere apenas à "outra medida coactiva"; ainda que assim seja, não restam dúvidas de que a precisão só se justifica por, na óptica do legislador, a prisão e a detenção para efeitos de extradição se encontrarem *naturalmente* sujeitas, no mínimo, a um controle judicial. Neste exacto sentido, e perante a anterior da redacção da norma, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, como na nota 82,

tis mutandis, para a “reserva de decisão judicial” contida no artigo 33.º, n.º 7, da CRP, segundo a qual “a extradição só pode ser determinada por autoridade judicial”.

Porém, se o papel dos tribunais no procedimento de detenção e entrega é inquestionável, o mesmo não se pode dizer da intervenção do poder executivo prevista no direito vigente para os procedimentos de extradição e para os procedimentos de entrega aos Tribunais *ad hoc* ⁽⁹¹⁾. A ela se dedicarão, portanto, as considerações seguintes.

a) A intervenção do Governo nos procedimentos de extradição e de entrega no direito interno vigente

(i) Como é sabido, a LCJ prevê uma intervenção do Executivo, através do Ministro da Justiça, nos procedimentos de cooperação judiciária internacional ⁽⁹²⁾, intervenção que, na ausência de convenção ou tratado internacional que disponha diversamente ⁽⁹³⁾, é *obrigatória*, salvo tratando-se de pedidos de cooperação englobados no auxílio judiciário mútuo em matéria penal, os quais admitem contactos directos entre as autoridades judiciárias ⁽⁹⁴⁾. Ao Ministro da Justiça cabe, em

p. 186, expendiam o seguinte: “a Constituição não define a competência para efectuar ou determinar a detenção ou prisão nestes casos, nem o seu regime, sendo, todavia, natural que se lhes aplique regime idêntico ao da prisão preventiva”.

⁽⁹¹⁾ Sobre o problema geral da repartição de competências entre o poder executivo e o poder judicial em matéria de cooperação judiciária internacional e a sua evolução histórica, vd. JACQUES LEMONTEY, *Du Rôle de l’Autorité Judiciaire dans la Procédure d’Extradition Passive*, 1966, *passim*; e MÁRIO MENDES SERRANO, como na nota 84, p. 57 e ss. e p. 75 e ss.

⁽⁹²⁾ Artigo 21.º da LCJ.

⁽⁹³⁾ Como sucede, *v. g.*, com o artigo 6.º da *Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia*, de 29-05-2000.

⁽⁹⁴⁾ Cf. os artigos 21.º, n.º 4, 1.º, n.º 1, al. f), e 145.º e segs. da LCJ; o mesmo sucederá com a regulamentação nacional da execução do mandado de detenção e entrega europeu.

geral, decidir da *admissibilidade* dos pedidos de cooperação, sejam eles formulados por autoridades estrangeiras ou portuguesas. Corresponde-lhe, normalmente, uma função de *filtro*, no quadro das competências do Executivo em matéria de condução da política externa ⁽⁹⁵⁾, destinado a garantir que cada procedimento de cooperação judiciária internacional, seja qual for o seu sentido, se harmoniza com — ou, ao menos, não põe em causa — os “*interesses da soberania, da segurança, da ordem pública e [...] outros interesses da República Portuguesa, constitucionalmente definidos*” ⁽⁹⁶⁾.

No que especificamente diz respeito à extradição passiva, a intervenção do Governo compreende dois momentos: um *necessário* e um *eventual*.

O primeiro consiste na chamada “fase administrativa” do procedimento, destinada à apreciação e decisão liminar, pelo Ministro da Justiça, da admissibilidade do pedido. Se o pedido for admitido, o procedimento transita para a sua fase judicial. Se não for admitido — porque à sua execução se opõem os interesses da República Portuguesa já referidos, que limitam genericamente a cooperação internacional, ou “razões de ordem política ou de oportunidade ou de conveniência” ⁽⁹⁷⁾ —, o procedimento é imediatamente arquivado, sem possibilidade de recurso ou qualquer tipo de controle judicial.

O segundo momento pode ocorrer se, após uma decisão *positiva* de extradição (passiva) por parte dos órgãos judiciais competentes, o Governo decidir negar a extradição por força de uma alteração significativa das circunstâncias de política internacional que haviam estado na base da decisão liminar de admissibilidade do pedido. Embora este poder não encontre consagração expressa na lei, convence inteiramente a argu-

⁽⁹⁵⁾ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *como na nota 82*, p. 728 e ss.

⁽⁹⁶⁾ Artigo 2.º, n.º 1, da LCJ.

⁽⁹⁷⁾ Artigo 46.º, n.º 2, da LCJ.

mentação aduzida por Mário Mendes Serrano ⁽⁹⁸⁾, segundo a qual o Governo pode, no último momento, actualizar o entendimento que havia vertido na decisão de admissibilidade, sempre que, *entretanto*, a concessão da extradição se tenha tornado contrária aos interesses da política externa do Estado Português, por força de uma alteração significativa das circunstâncias. Esta solução é congruente, por um lado, com a concepção do sistema de extradição como um *sistema misto*, revelada na subordinação da cooperação judiciária internacional em matéria penal aos “interesses da soberania, da segurança [e] da ordem pública” da República Portuguesa e nos poderes do Governo que lhe permitem negar liminarmente, em homenagem a esses interesses e por decisão insindicável, um pedido de extradição (passiva ou activa); e, por outro lado, com a teleologia dos poderes atribuídos a cada um dos intervenientes no procedimento de extradição — aos tribunais compete avaliar a verificação dos respectivos pressupostos legais, tendo em vista a tensão entre o pedido de cooperação e os direitos do visado; ao Governo compete ponderar o cumprimento do pedido de cooperação com a defesa dos interesses do Estado Português que tem à sua guarda ⁽⁹⁹⁾.

A solução aqui defendida não é vedada pelo carácter “obrigatório” das decisões dos tribunais (artigo 205.º, n.º 2, da CRP): a norma constitucional impede apenas que o Executivo contrarie uma decisão positiva de extradição com fundamento numa diferente aplicação dos critérios que competem exclusivamente aos tribunais, pois isso tornaria essa decisão judicial num mero *parecer* sem força jurídica própria — sistema que, sendo acolhido

⁽⁹⁸⁾ MÁRIO MENDES SERRANO, *como na nota 84*, p. 76 e ss. No mesmo sentido se havia já inclinado, de forma apodíctica, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português. Parte Geral I*, 1981, p. 154, e, depois, de forma expressa mas sem grande labor de fundamentação, CARLOS FERNANDES, *A Extradção e o Respectivo Sistema Português*, 1996, p. 55 e s.

⁽⁹⁹⁾ Cf. PEDRO CAEIRO, “Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável”, *RPCC* 8 (1998), p. 17.

por alguns países, não é, manifestamente, o adoptado pela lei portuguesa. Deste modo, num caso, *v. g.*, de possível aplicação e execução integral da pena de prisão perpétua pelo Estado requerente, o Governo não pode recusar a execução da decisão positiva de extradição por entender, diversamente dos tribunais, que a convenção internacional onde se funda o pedido de extradição não estabelece condições de reciprocidade — mas pode recusar a extradição, mesmo depois da decisão judicial que a autoriza, se a fiabilidade política das garantias de não execução da pena prestadas tiver sofrido, entretanto, um abalo tão forte que permita, razoavelmente, duvidar do efectivo cumprimento das mesmas.

Assim, deve entender-se que o imperativo contido no artigo 33.º, n.º 7, da CRP, segundo o qual “a extradição só pode ser determinada por autoridade judicial”, não visa atribuir um poder absoluto de decisão final aos tribunais em matéria de extradição passiva, mas sim impedir que o legislador ordinário consagre um procedimento onde a decisão *positiva* de extradição seja tomada exclusivamente pelo Executivo, sem um controle jurisdicional da verificação dos seus pressupostos legais — e por isso faz sentido que esta norma se inclua nas disposições relativas aos direitos fundamentais e não nas que disciplinam a organização do poder político e a competência do poder judicial. Da mesma forma, o disposto no artigo 60.º da LCJ, que considera “título necessário e suficiente para a entrega do extraditando certidão da decisão, transitada em julgado, que ordenar a extradição”, tem por único fim determinar que a decisão positiva de extradição não carece de um *fiat* expresso do Governo, não lhe vedando todavia o poder de, em casos excepcionais, não satisfazer o pedido.

Em suma, pode afirmar-se que, no sistema português, a decisão judicial vincula *sempre* o Executivo quando seja de sentido negativo (sistema do veto judicial) e é suficiente para a extradição quando seja de sentido positivo, não privando contudo o Governo do poder de recusar o pedido em caso de alteração significativa das circunstâncias que estiveram na base da decisão de admissibilidade.

(ii) Por seu turno, o artigo 6.º, n.º 2, da LCJTah, relativo à “detenção e transferência” de uma pessoa por ordem dos Tribunais Penais Internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda ⁽¹⁰⁰⁾, deixa implícito que o poder de apreciação do Ministro da Justiça se restringe aos aspectos formais do pedido, não lhe cabendo, portanto, pronunciar-se sobre a sua admissibilidade ⁽¹⁰¹⁾. Solução que decorre, imediatamente, do esta-

⁽¹⁰⁰⁾ O texto da norma é o seguinte: “*não havendo motivos de devolução para regularização formal, os mandados são transmitidos, através da Procuradoria-Geral da República, ao Ministério Público junto do tribunal da relação da área de residência ou do último paradeiro da pessoa a deter, a fim de providenciar o respectivo cumprimento e promover a abertura do processo de transferência para o Tribunal Internacional*”.

⁽¹⁰¹⁾ O artigo 2.º, n.º 5, da LCJTah, prevê duas causas de “não atendimento” do pedido de renúncia à “competência para investigação ou julgamento de um caso concreto” que seja feito às autoridades portuguesas pelos Tribunais *ad hoc*, ao abrigo da sua prerrogativa de primazia sobre as jurisdições nacionais: o pedido dizer respeito a factos que não são objecto do processo pendente no tribunal português (al. a)), ou a factos que não cabem na competência territorial ou temporal do tribunal requerente, tal como vem definida no respectivo Estatuto (al. b)). Embora esteja colocada no seguimento dos dispositivos que regulam a decisão do Ministro da Justiça, esta norma dirige-se manifestamente aos tribunais, como decorre, desde logo, da referência contida no n.º 1 do art 3.º que imediatamente se lhe segue (“se não ocorrer motivo de rejeição, nos termos do n.º 5 do artigo anterior, a *autoridade judiciária* satisfaz o pedido de renúncia e determina o arquivamento do processo”; *itálicos nossos*). Além disso, este entendimento é imposto, sobretudo e decisivamente, pelo específico conteúdo de matéria judiciária da norma: por um lado, a manutenção da jurisdição das autoridades judiciárias portuguesas não pode ser decidida pelo Executivo — até porque o necessário exame dos autos pelo Ministro da Justiça para tomar a decisão poderia, em certos casos, violar o segredo de justiça; por outro lado, o estabelecimento da não identidade dos factos (al. a)) ou da incompetência territorial ou temporal do tribunal requerente (al. b)) requerem juízos especificamente judiciários. Diga-se, aliás, que a recusa de renúncia à competência, por parte de um tribunal português, que se fundamentasse neste último critério, constituiria o Estado português em responsabilidade internacional, pois os tribunais nacionais não têm competência para avaliar a veri-

tuto jurídico-internacional dos Tribunais *ad hoc*, que são “órgãos auxiliares” do Conselho de Segurança e cujas decisões e injunções se revestem, portanto, de uma particular *auctoritas*, incompatível com os poderes discricionários, assentes em critérios de natureza política, conferidos ao Governo pela LCJ.

b) Intervenção do Governo no procedimento de entrega ao Tribunal?

Cabe perguntar se a intervenção do Executivo na cooperação com o Tribunal deve seguir um ou outro dos regimes já previstos — ou se requer uma disciplina *sui generis*. Mas a resposta a esta questão não deve partir dos preconceitos, hoje comuns no discurso da protecção dos direitos humanos através do direito penal, contra o chamado “poder político”, putativamente mais permeável a interesses obscuros do que o poder judiciário. Só uma análise serena, responsável e realista das *funções* atribuídas aos vários órgãos na organização interna do Estado pode aspirar à proposta de um esquema que seja simultaneamente legítimo e eficaz, maximizando a protecção de todos os interesses em presença.

A diferença entre as duas formas de intervenção do Governo previstas no direito português decorre da diversidade dos modelos em que se inserem ⁽¹⁰²⁾: o primeiro, clássico, essencialmente inter-estadual, de cooperação (horizontal); o segundo, ainda *in fieri*, essencialmente inter-jurisdicional, de domínio-sujeição (vertical). Por tudo quanto se foi expondo ao longo deste estudo, é agora claro que o procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma — e a cuja transposição para o direito interno Portugal se encontra vinculado — está muito mais próximo do modelo vertical. Assim, a eventual intervenção do Governo nesta matéria não pode guiar-se pelos

ficação, num caso concreto, dos pressupostos territoriais e temporais da jurisdição dos Tribunais *ad hoc*.

⁽¹⁰²⁾ Cf. *supra*, II, 1.1.

critérios enunciados no modelo da LCJ. Nomeadamente, seria incompatível com o Estatuto atribuir ao Governo um poder de decidir liminarmente, em sentido negativo, um pedido de entrega por razões de oportunidade política (*v. g.*, para não prejudicar as relações com o Estado de que é nacional a pessoa procurada, ou para não beneficiar um Estado que desenvolve políticas contrárias aos interesses nacionais ⁽¹⁰³⁾), ou para proteger os símbolos da soberania nacional (*v. g.*, o Chefe de Estado). Por outro lado, o pedido do Tribunal, sendo embora vinculante para os Estados Partes, não tem a mesma força das *ordens* emitidas pelos Tribunais *ad hoc* ⁽¹⁰⁴⁾, pelo que os modelos de cooperação não têm que ser necessariamente idênticos. Além disso, o Estatuto não impõe que a execução do pedido de entrega se encontre exclusivamente a cargo dos tribunais; ao contrário, o dever de cooperação obriga o *Estado* e, por isso, é o Estado quem deve decidir qual o modo mais adequado de repartir as competências necessárias às decisões que se hão-de tomar ao longo do procedimento.

Ora, o *sentido* e as *modalidades* da intervenção do Governo no procedimento de entrega ao Tribunal só podem determinar-se correctamente se tivermos em conta a natureza daquelas decisões, no contexto do Estatuto, e a distribuição de poderes entre o poder executivo e o poder judicial operada pela Constituição.

(i) Começemos pelo problema da decisão do conflito entre um pedido de entrega (do Tribunal) e um pedido de extradição (de um outro Estado) ⁽¹⁰⁵⁾.

Ao tratar da situação homóloga no âmbito da cooperação

⁽¹⁰³⁾ A título de exemplo: se o conflito que se viveu em Timor-Leste no final do século passado ocorresse nos dias de hoje, Portugal não poderia recusar a entrega de um cidadão timorense, eventualmente suspeito da prática de crimes da jurisdição do Tribunal, ainda que essa entrega favorecesse, objectivamente, os interesses da Indonésia.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. BERT SWART, *como na nota 6*, p. 1597.

⁽¹⁰⁵⁾ Artigo 90.º, n.ºs 5, 6 e 7; para a análise do regime aí contido, cf. *supra*, II., 3.2.

judiciária tradicional, o artigo 37.º da LCJ não indica expressamente o titular da competência para decidir do conflito de pedidos de extradição. Porém, tanto a colocação sistemática da norma (inserida na fase judicial do procedimento), como, sobretudo, a natureza dos critérios a utilizar pelo decisor, claramente ordenados à boa administração da justiça ⁽¹⁰⁶⁾, permitem concluir que o legislador português quis reservar a competência para esta decisão aos tribunais. Em consequência, o Governo não pode, *v. g.*, considerar certo pedido inadmissível por entender que a justiça será melhor servida com a execução de outro pedido, anteriormente admitido, dada a nacionalidade do extraditando ou a gravidade relativa das infracções que os fundamentam — embora possa fazê-lo se entender que a cooperação com o Estado que apresenta o segundo pedido é contrária aos interesses da política externa do Estado Português.

Pois bem: se atentarmos no regime previsto no Estatuto, verificamos que a margem de apreciação concedida aos Estados nos n.ºs 6 e 7, al. *b*), do artigo 90.º não comporta opções de natureza política, antes se subordina à aplicação de critérios muito semelhantes aos previstos na LCJ. Assim, nenhuma razão existe para que a decisão do conflito entre um pedido de entrega e um pedido de extradição concorrente não seja reservada aos tribunais portugueses.

(ii) A mesma conclusão parece valer para os casos em que o Tribunal formula um pedido de entrega conflituante com uma obrigação de não-reextradição (ou de não-reentrega) ⁽¹⁰⁷⁾ que vincule o Estado Português. Vimos já que, no plano pragmático,

⁽¹⁰⁶⁾ O local da consumação da infracção ou da prática do facto principal, em caso de pedidos relativos aos mesmos factos; e a gravidade da infracção, a data do pedido, a nacionalidade ou residência do extraditando, a existência de um tratado de extradição ou a possibilidade de reextradição entre os requerentes, em caso de pedidos relativos a factos diferentes.

⁽¹⁰⁷⁾ Artigo 98.º, n.º 2; para a análise do regime aí contido, cf. *supra*, II., 3.3.

o problema será de ocorrência rara: por um lado, porque essas obrigações decaem sempre que o Estado titular da pretensão de não-reextradição seja Parte no Estatuto, pelo que não haverá lugar, verdadeiramente, a uma "decisão" do "conflito"; por outro lado, porque, se o Estado titular da pretensão não for Parte no Estatuto, o Tribunal encontra-se impedido de formular o pedido de entrega sem obter previamente o seu consentimento.

Daqui decorre que a apresentação de um pedido de entrega cuja execução seja incompatível com uma obrigação de não-reextradição só pode dar-se em duas situações: ou porque o Tribunal desconhecia a existência de tal obrigação, ou porque a considerou irrelevante. Em ambos os casos, trata-se de um problema de *administração da justiça* (sc., de interpretação e aplicação de normas jurídico-penais a um caso concreto), pelo que os órgãos competentes para definir a visão que dele tem o Estado Português serão, necessariamente, os tribunais, cujo entendimento há-de ser transmitido ao Tribunal através do processo de consultas previsto no artigo 97.º do Estatuto.

(iii) Os problemas suscitados pela eventual existência de obrigações impostas pelo regime das imunidades internacionais e dos acordos militares sobre forças estrangeiras estacionadas, impeditivas da cooperação com o Tribunal⁽¹⁰⁸⁾, são de natureza mais delicada: diversamente do que sucede no conflito do pedido de entrega com um pedido de extradição ou com uma obrigação de não-reextradição, os interesses em presença não se circunscrevem às pretensões usualmente ligadas à cooperação judiciária internacional, podendo colocar directamente em causa a soberania do Estado de envio.

Todavia, o tratamento da questão não há-de ser diverso do proposto no ponto anterior. Também aqui estaremos perante situações excepcionais, devidas ao desconhecimento do Tribunal ou a divergências relativas ao direito internacional aplicá-

⁽¹⁰⁸⁾ Artigo 98.º, n.ºs 1 e 2; para a análise do regime aí contido, cf. *supra*, II., 3.3.

vel ao caso, pelo que se justifica que, em princípio, sejam os tribunais nacionais a definir o entendimento do Estado Português sobre a matéria.

(iv) De tudo quanto se expôs, decorre que os actores principais no procedimento de entrega ao Tribunal serão os tribunais, porquanto os problemas que ele pode suscitar têm uma natureza essencialmente jurídico-judiciária. Por outro lado, vimos já que o condicionamento da cooperação à cláusula muito ampla das “razões de ordem política ou de oportunidade ou conveniência” contida na LCJ não é compatível com as obrigações assumidas no Estatuto de Roma.

Mas estas asserções não significam que o Executivo fique sempre, e em qualquer caso, impedido de participar constitutivamente no procedimento: poderá caber-lhe o ónus de, em casos limite, recusar, politicamente, a execução de um pedido de entrega.

Temos em mente aquilo a que se poderia chamar, sem conotações que se revelariam abusivas, a *defesa dos interesses vitais* da República Portuguesa. Em situações absolutamente excepcionais — e é bom lembrar que o exercício da jurisdição pelo Tribunal é, também ele, excepcional, tanto pela natureza dos crimes em causa, como pela incapacidade do Estado requerido para os perseguir e julgar —, não está excluído que o dever de cooperação com o Tribunal tenha que ceder perante deveres de ordem superior, atinentes à preservação da integridade, soberania e independência do próprio Estado. Suponha-se, *v. g.*, que no contexto de um conflito bélico iminente com um Estado agressor, o Tribunal pede — de boa fé, e justificadamente — a entrega de todos os membros do Estado Maior das Forças Armadas Portuguesas; ou que o Governo tem informações seguras de que a execução de um pedido de entrega formulado pelo Tribunal será objecto de retaliação por certo grupo terrorista, com a deflagração, em território nacional, de uma bomba nuclear.

Em situações deste género — as quais, como se reconhecerá, não são hoje totalmente inverosímeis —, o *problema jurídico-inter-*

nacional do conteúdo da decisão que venha a ser tomada passa para segundo plano, importando primacialmente resolver o *problema jurídico-constitucional* da determinação da entidade a quem compete tomá-la. E, em definitivo, ela não cabe aos tribunais, mas aos órgãos constitucionalmente responsáveis pela preservação da integridade do Estado, que não podem ser privados do poder (ou, talvez mais exactamente, desonerados do dever) de tomar as decisões inerentes às funções para as quais foram eleitos.

Claro que esta cláusula de "reserva de excepção constitucional" não necessita de figurar expressamente na lei de cooperação com o Tribunal, até porque poderia ser erroneamente entendida, por aqueles que degradam a política para o Círculo Oitavo do *Inferno* e se encandeiam com a pureza "técnica" do direito, como um inaceitável domínio "político" de procedimentos que se querem tão assepticamente "jurídicos". Mas não será descabido prever um espaço de intervenção do Executivo onde ela possa ser actuada em caso de absoluta necessidade; naturalmente, o Governo, tal como as autoridades judiciais, exercerá os seus poderes e cumprirá os seus deveres com a consciência rigorosa do elevado grau de vinculação das obrigações assumidas no Estatuto de Roma, que se reflecte directamente nos pedidos de cooperação formulados pelo Tribunal.

(v) Em suma, pode afirmar-se que a intervenção do Governo na tramitação do pedido de entrega não há-de ser muito diversa da que se encontra hoje prevista na LCJ ⁽¹⁰⁹⁾. As diferenças residem apenas na margem de apreciação sobre a execução dos pedidos — muito mais estreita, conforme mostrámos — e, ainda, no desempenho adicional de funções sempre que seja necessário iniciar consultas com o Tribunal, de acordo com o artigo 87.º do Estatuto ⁽¹¹⁰⁾.

Assim, parece que seria mais conveniente passar a designar a Procuradoria-Geral da República como autoridade recep-

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. de novo *supra*, 2.2., al. a).

⁽¹¹⁰⁾ Cf. *infra*, 2.3., al. b).

tora do pedido do Tribunal ⁽¹¹¹⁾, harmonizando o procedimento com o regime previsto nos artigos 21.º e 48.º e segs. da LCJ: a Procuradoria-Geral da República, tendo recebido o pedido, elabora informação sobre o mesmo e submete-o à apreciação do Ministro da Justiça; devendo o pedido prosseguir, o processo é remetido ao Ministério Público no tribunal da Relação competente, iniciando-se então a fase judicial, com as especificidades previstas no Estatuto.

2.3. Obstáculos ao pedido de entrega e dificuldades na sua execução

Um dos pontos fulcrais dos procedimentos de cooperação judiciária internacional é, certamente, a disciplina dos requisitos negativos e obstáculos à cooperação.

Tendo em conta as disposições do Estatuto e as propostas de interpretação que fomos avançando ao longo deste estudo, cremos que o tratamento legal do procedimento de entrega ao Tribunal deverá contemplar dois momentos: em primeiro lugar, a indicação dos casos em que o pedido não pode ser executado; em segundo lugar, a regulamentação dos procedimentos a adoptar quando surjam essas dificuldades.

a) Vimos já que o “modelo vertical” de cooperação acolhido no Estatuto se reflecte na irrelevância dos fundamentos de recusa tradicionais aplicáveis à extradição: a nacionalidade do agente, a natureza da pena aplicável, o carácter político da infracção, a dupla incriminação da conduta, o cometimento do crime em território português, etc. Todavia, pode dar-se o caso de o pedido de entrega exorbitar dos poderes do Tribunal e não dever, por isso, ser executado. Além disso,

⁽¹¹¹⁾ Ao ratificar o Estatuto, o Estado Português não escolheu uma via específica para a transmissão do pedido, pelo que, actualmente o pedido deve ser transmitido por via diplomática; todavia, o artigo 87.º, n.º 1, al. a), permite que os Estados alterem a escolha feita, nos termos do Regulamento Processual.

o próprio Estatuto reconhece a possibilidade de surgimento de "dificuldades" na execução do pedido de entrega.

Em nossa opinião, a lei deverá indicar os seguintes casos de não execução do pedido:

- (i) a irregularidade formal ou procedimental do pedido, ou da sua transmissão, que implique uma violação das normas do Estatuto, nomeadamente, dos artigos 89.º, n.º 1, e 91.º;
- (ii) a entrega pedida "por motivos políticos", de acordo com o artigo 33.º, n.º 6, da CRP;
- (iii) a execução de um pedido de extradição concorrente, nos termos permitidos no Estatuto. Pelas razões avançadas *supra*, no ponto 2.2., b), não seria congruente aplicar à cooperação com o Tribunal o disposto no n.º 2 do artigo 37.º da LCJ, dirigido à cooperação com os Tribunais *ad hoc*, que insinua uma prevalência absoluta, em qualquer caso, dos pedidos das jurisdições internacionais sobre os restantes;
- (iv) a incompatibilidade da execução do pedido de entrega com o cumprimento de outras obrigações internacionais do Estado Português.

b) As situações indicadas na alínea anterior devem conduzir *sempre* ao processo de *consultas* com o Tribunal. Assim, o Ministro da Justiça, por iniciativa própria quando tome conhecimento da dificuldade ao abrigo das suas competências, ou por comunicação da autoridade judiciária que com ela depare, deve dar início às consultas, nos termos do artigo 97.º do Estatuto. A flexibilidade introduzida por este mecanismo, ao permitir a troca de informações e os esclarecimentos necessários, eliminará virtualmente os dissensos entre o Tribunal e os Estados, que serão as mais das vezes resultantes de erros de conhecimento ou de apreciação superáveis por entidades conscientes dos seus deveres institucionais, imbuídas de um verdadeiro espírito de cooperação segundo os ditames do direito e da boa fé na prossecução de objectivos comuns.

IV — CONCLUSÃO

O êxito dos procedimentos de entrega de um cidadão será, inquestionavelmente, o termómetro da viabilidade do Tribunal, pois aí convergem, de forma imediata, as grandes linhas de tensão do Estatuto de Roma: efectividade da jurisdição do Tribunal, co-constituição da justiça internacional penal por parte dos Estados e respeito pelos direitos do visado.

Numa matéria de tão extraordinária delicadeza, os arquitectos do Estatuto de Roma souberam caminhar sobre o fio da navalha, em equilíbrio difícil e inteligente, guardando uma prudente distância do brocardo *fiat iustitia pereat mundus*. Assim saiba o Tribunal, no exercício concreto da sua jurisdição, compreender que, tão importante como assegurar a justiça penal no mundo, é preservar o mundo a que ela se destina.

ANEXO

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (1)

(Extracto)

Artigo 17.º

(Questões relativas à admissibilidade)

1 — Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1.º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:

- a) O caso for objecto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo,

(1) Aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, de 20-12-2001, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, de 18-01-2002; ambos os diplomas foram publicados no *Diário da República*, Série-A, de 18-01-2002, p. 362 e ss.

salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade efectiva para o fazer;

- b) O caso tiver sido objecto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do facto de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade efectiva para o fazer;
- c) A pessoa em causa tiver sido já julgada pela conduta a que se refere a denúncia e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no n.º 3 do artigo 20.º;
- d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

2 — A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

- a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5.º;
- b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;
- c) O processo não ter sido ou não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar a ser conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça.

3 — A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o arguido, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Artigo 18.º

(Decisões preliminares sobre admissibilidade)

1 — Se uma situação for denunciada ao Tribunal nos termos do artigo 13.º, alínea *a*), e o procurador determinar que existem fundamentos para abrir um inquérito ou der início a um inquérito de acordo com os artigos 13.º, alínea *c*), e 15.º, deverá notificar todos os Estados Partes e os Estados que, de acordo com a informação disponível, teriam jurisdição sobre esses crimes. O procurador poderá proceder à notificação a título confidencial e, sempre que o considere necessário com vista a proteger pessoas, impedir a destruição de provas ou a fuga de pessoas, poderá limitar o âmbito da informação a transmitir aos Estados.

2 — No prazo de um mês a seguir à recepção da referida notificação, qualquer Estado poderá informar o Tribunal de que está a proceder, ou já procedeu, a um inquérito sobre nacionais seus ou outras pessoas sob a sua jurisdição, por actos que possam constituir crimes a que se refere o artigo 5.º e digam respeito à informação constante na respectiva notificação. A pedido desse Estado, o procurador transferirá para ele o inquérito sobre essas pessoas, a menos que, a pedido do procurador, o juízo de instrução decida autorizar o inquérito.

3 — A transferência do inquérito poderá ser reexaminada pelo procurador seis meses após a data em que tiver sido decidida ou, a todo o momento, quando tenha ocorrido uma alteração significativa de circunstâncias, decorrente da falta de vontade ou da incapacidade efectiva do Estado de levar a cabo o inquérito.

4 — O Estado interessado ou o procurador poderão interpor recurso para o juízo de recursos da decisão proferida por um juízo de instrução, tal como previsto no artigo 82.º Este recurso poderá seguir uma forma sumária.

5 — Se o procurador transferir o inquérito, nos termos do n.º 2, poderá solicitar ao Estado interessado que o informe periodicamente do andamento do mesmo e de qualquer outro procedimento subsequente. Os Estados Partes responderão a estes pedidos sem atrasos injustificados.

6 — O procurador poderá, enquanto aguardar uma decisão a preferir no juízo de instrução, ou a todo o momento se tiver transferido o inquérito nos termos do presente artigo, solicitar ao tribunal de instrução, a título excepcional, que o autorize a efectuar as investigações que considere necessárias para preservar elementos de prova, quando exista uma oportunidade única de obter provas relevantes ou um risco significativo de que essas provas possam não estar disponíveis numa fase ulterior.

7 — O Estado que tenha recorrido de uma decisão do juízo de instrução nos termos do presente artigo poderá impugnar a admissibili-

dade de um caso nos termos do artigo 19.º, invocando factos novos relevantes ou uma alteração significativa de circunstâncias.

Artigo 19.º

(Impugnação da jurisdição do Tribunal ou da admissibilidade do caso)

1 — O Tribunal deverá certificar-se de que detém jurisdição sobre todos os casos que lhe sejam submetidos. O Tribunal poderá pronunciar-se oficiosamente sobre a admissibilidade de um caso em conformidade com o artigo 17.º

2 — Poderão impugnar a admissibilidade de um caso, por um dos motivos referidos no artigo 17.º, ou impugnar a jurisdição do Tribunal:

- a) O arguido ou a pessoa contra a qual tenha sido emitido um mandado ou ordem de detenção ou de comparência, nos termos do artigo 58.º;
- b) Um Estado que detenha o poder de jurisdição sobre um caso, pelo facto de o estar a investigar ou a julgar; ou por já o ter feito antes; ou
- c) Um Estado cuja aceitação da competência do Tribunal seja exigida, de acordo com o artigo 12.º

3 — O procurador poderá solicitar ao Tribunal que se pronuncie sobre questões de jurisdição ou admissibilidade. Nas acções relativas a jurisdição ou admissibilidade, aqueles que tiverem denunciado um caso ao abrigo do artigo 13.º, bem como as vítimas, poderão também apresentar as suas observações ao Tribunal.

4 — A admissibilidade de um caso ou a jurisdição do Tribunal só poderão ser impugnadas uma única vez por qualquer pessoa ou Estado a que se faz referência no n.º 2. A impugnação deverá ser feita antes do julgamento ou no seu início. Em circunstâncias excepcionais, o Tribunal poderá autorizar que a impugnação se faça mais de uma vez ou depois do início do julgamento. As impugnações à admissibilidade de um caso feitas no início do julgamento, ou posteriormente com a autorização do Tribunal, só poderão fundamentar-se no disposto no n.º 1, alínea c), do artigo 17.º

5 — Os Estados a que se referem as alíneas b) e c) do n.º 2 do presente artigo deverão deduzir impugnação logo que possível.

6 — Antes da confirmação da acusação, a impugnação da admissibilidade de um caso ou da jurisdição do Tribunal será submetida ao juízo de instrução e, após confirmação, ao juízo de julgamento em pri-

meira instância. Das decisões relativas à jurisdição ou admissibilidade caberá recurso para o juízo de recursos, de acordo com o artigo 82.º

7 — Se a impugnação for feita pelo Estado referido nas alíneas b) e c) do n.º 2, o procurador suspenderá o inquérito até que o Tribunal decida em conformidade com o artigo 17.º

8 — Enquanto aguardar uma decisão, o procurador poderá solicitar ao Tribunal autorização para:

- a) Proceder às investigações necessárias previstas no n.º 6 do artigo 18.º;
- b) Recolher declarações ou o depoimento de uma testemunha ou completar a recolha e o exame das provas que tenha iniciado antes da impugnação; e
- c) Impedir, em colaboração com os Estados interessados, a fuga de pessoas em relação às quais já tenha solicitado um mandado de detenção, nos termos do artigo 58.º

9 — A impugnação não afectará a validade de nenhum acto realizado pelo procurador nem de nenhuma decisão ou mandado anteriormente emitido pelo Tribunal.

10 — Se o Tribunal tiver declarado que um caso não é admissível, de acordo com o artigo 17.º, o procurador poderá pedir a revisão dessa decisão, após se ter certificado de que surgiram novos factos que invalidam os motivos pelos quais o caso havia sido considerado inadmissível nos termos do artigo 17.º

11 — Se o procurador, tendo em consideração as questões referidas no artigo 17.º, decidir transferir um inquérito, poderá pedir ao Estado em questão que o mantenha informado do seguimento do processo. Esta informação deverá, se esse Estado o solicitar, ser mantida confidencial. Se o procurador decidir, posteriormente, abrir um inquérito, comunicará a sua decisão ao Estado para o qual foi transferido o processo.

Artigo 20.º

(*Ne bis in idem*)

1 — Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por actos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2 — Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5.º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3 — O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal por actos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

- a) Tenha tido por objectivo subtrair o arguido à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
 - b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à acção da justiça.
-

Artigo 27.º

(Irrelevância da qualidade oficial)

1 — O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per si motivo de redução da pena.

2 — As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

.....

Artigo 58.º

(Mandado de detenção e notificação para comparência do juízo de instrução)

1 — A todo o momento após a abertura do inquérito, o juízo de instrução poderá, a pedido do procurador, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo procurador, considerar que:

- a) Existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal; e

- b) A detenção dessa pessoa se mostra necessária para:
- i) Garantir a sua comparência em tribunal;
 - ii) Garantir que não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a acção do Tribunal; ou
 - iii) Se for o caso, impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias.

2 — Do requerimento do procurador deverão constar os seguintes elementos:

- a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
- b) A referência precisa do crime da competência do Tribunal que a pessoa tenha presumivelmente cometido;
- c) Uma descrição sucinta dos factos que alegadamente constituem o crime;
- d) Um resumo das provas e de qualquer outra informação que constitua motivo suficiente para crer que a pessoa cometeu o crime; e
- e) Os motivos pelos quais o procurador considere necessário proceder à detenção daquela pessoa.

3 — Do mandado de detenção deverão constar os seguintes elementos:

- a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
- b) A referência precisa do crime da competência do Tribunal que justifique o pedido de detenção; e
- c) Uma descrição sucinta dos factos que alegadamente constituem o crime.

4 — O mandado de detenção manter-se-á válido até decisão em contrário do Tribunal.

5 — Com base no mandado de detenção, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva ou a detenção e entrega da pessoa em conformidade com o disposto no capítulo IX do presente Estatuto.

6 — O procurador poderá solicitar ao juízo de instrução que altere o mandado de detenção no sentido de requalificar os crimes aí indicados ou de adicionar outros. O juízo de instrução alterará o mandado de

detenção se considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu quer os crimes na forma que se indica nessa requalificação, quer os novos crimes.

7 — O procurador poderá solicitar ao juízo de instrução que, em vez de um mandado de detenção, emita uma notificação para comparência. Se o juízo considerar que existem motivos suficientes para crer que a pessoa cometeu o crime que lhe é imputado e que uma notificação para comparência será suficiente para garantir a sua presença efectiva em tribunal, emitirá uma notificação para que a pessoa compareça, com ou sem a imposição de medidas restritivas de liberdade (distintas da detenção) se previstas no direito interno. Da notificação para comparência deverão constar os seguintes elementos:

- a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação;
- b) A data de comparência;
- c) A referência precisa ao crime da competência do Tribunal que a pessoa alegadamente tenha cometido; e
- d) Uma descrição sucinta dos factos que alegadamente constituem o crime.

Esta notificação será directamente feita à pessoa em causa.

Artigo 59.º

(Procedimento de detenção no Estado da detenção)

1 — O Estado Parte que receber um pedido de prisão preventiva ou de detenção e entrega, adoptará imediatamente as medidas necessárias para proceder à detenção, em conformidade com o respectivo direito interno e com o disposto no capítulo IX.

2 — O detido será imediatamente levado à presença da autoridade judiciária competente do Estado da detenção que determinará se, de acordo com a legislação desse Estado:

- a) O mandado de detenção é aplicável à pessoa em causa;
- b) A detenção foi executada de acordo com a lei;
- c) Os direitos do detido foram respeitados.

3 — O detido terá direito a solicitar à autoridade competente do Estado da detenção autorização para aguardar a sua entrega em liberdade.

4 — Ao decidir sobre o pedido, a autoridade competente do Estado da detenção determinará se, em face da gravidade dos crimes imputados, se verificam circunstâncias urgentes e excepcionais que justifiquem a

liberdade provisória e se existem as garantias necessárias para que o Estado de detenção possa cumprir a sua obrigação de entregar a pessoa ao Tribunal. Essa autoridade não terá competência para examinar se o mandado de detenção foi regularmente emitido, nos termos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 58.º

5 — O pedido de liberdade provisória será notificado ao juízo de instrução, o qual fará recomendações à autoridade competente do Estado da detenção. Antes de tomar uma decisão, a autoridade competente do Estado da detenção terá em conta essas recomendações, incluindo as relativas a medidas adequadas a impedir a fuga da pessoa.

6 — Se a liberdade provisória for concedida, o juízo de instrução poderá solicitar informações periódicas sobre a situação de liberdade provisória.

7 — Uma vez que o Estado da detenção tenha ordenado a entrega, o detido será colocado, o mais rapidamente possível, à disposição do Tribunal.

.....

Artigo 86.º

(Obrigação geral de cooperar)

Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

Artigo 87.º

(Pedidos de cooperação: disposições gerais)

1 — *a)* O Tribunal está habilitado a dirigir pedidos de cooperação aos Estados Partes. Estes pedidos serão transmitidos pela via diplomática ou por qualquer outra via apropriada escolhida pelo Estado Parte no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao presente Estatuto.

Qualquer Estado Parte poderá alterar posteriormente a escolha feita nos termos do Regulamento Processual.

b) Se for caso disso, e sem prejuízo do disposto na alínea *a)*, os pedidos poderão ser igualmente transmitidos pela Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL) ou por qualquer organização regional competente.

2 — Os pedidos de cooperação e os documentos comprovativos que os instruem serão redigidos na língua oficial do Estado requerido ou acompanhados de uma tradução nessa língua, ou numa das línguas de trabalho do Tribunal ou acompanhados de uma tradução numa dessas

línguas, de acordo com a escolha feita pelo Estado requerido no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao presente Estatuto.

Qualquer alteração posterior será feita de harmonia com o Regulamento Processual.

3 — O Estado requerido manterá a confidencialidade dos pedidos de cooperação e dos documentos comprovativos que os instruem, salvo quando a sua revelação for necessária para a execução do pedido.

4 — Relativamente aos pedidos de auxílio formulados ao abrigo do presente capítulo, o Tribunal poderá, nomeadamente em matéria de protecção da informação, tomar as medidas necessárias à garantia da segurança e do bem-estar físico ou psicológico das vítimas, das potenciais testemunhas e dos seus familiares. O Tribunal poderá solicitar que as informações fornecidas ao abrigo do presente capítulo sejam comunicadas e tratadas por forma que a segurança e o bem-estar físico ou psicológico das vítimas, das potenciais testemunhas e dos seus familiares sejam devidamente preservados.

5 — O Tribunal poderá convidar qualquer Estado que não seja Parte no presente Estatuto a prestar auxílio ao abrigo do presente capítulo com base num convénio *ad hoc*, num acordo celebrado com esse Estado ou por qualquer outro modo apropriado. Se, após a celebração de um convénio *ad hoc* ou de um acordo com o Tribunal, um Estado que não seja Parte no presente Estatuto se recusar a cooperar nos termos de tal convénio ou acordo, o Tribunal dará conhecimento desse facto à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o facto ao Tribunal.

6 — O Tribunal poderá solicitar informações ou documentos a qualquer organização intergovernamental. Poderá igualmente requerer outras formas de cooperação e auxílio a serem acordadas com tal organização e que estejam em conformidade com a sua competência ou o seu mandato.

7 — Se, contrariamente ao disposto no presente Estatuto, um Estado Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções nos termos do presente Estatuto, o Tribunal poderá elaborar um relatório e submeter a questão à Assembleia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o facto ao Tribunal.

Artigo 88.º

(Procedimentos previstos no direito interno)

Os Estados Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas neste capítulo.

Artigo 89.º

(Entrega de pessoas ao Tribunal)

1 — O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91.º, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

2 — Sempre que a pessoa cuja entrega é solicitada impugnar a sua entrega perante um tribunal nacional com base no princípio *ne bis in idem* previsto no artigo 20.º, o Estado requerido consultará, de imediato, o Tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade. Se o caso for considerado admissível, o Estado requerido dará seguimento ao pedido. Se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.

3 — a) Os Estados Partes autorizarão, de acordo com os procedimentos previstos na respectiva legislação nacional, o trânsito, pelo seu território, de uma pessoa entregue ao Tribunal por um outro Estado, salvo quando o trânsito por esse Estado impedir ou retardar a entrega.

b) Um pedido de trânsito formulado pelo Tribunal será transmitido em conformidade com o artigo 87.º Do pedido de trânsito constarão:

- i) A identificação da pessoa transportada;
- ii) Um resumo dos factos e da respectiva qualificação jurídica;
- iii) O mandado de detenção e entrega.

c) A pessoa transportada será mantida sob custódia no decurso do trânsito.

d) Nenhuma autorização será necessária se a pessoa for transportada por via aérea e não esteja prevista qualquer aterragem no território do Estado de trânsito.

e) Se ocorrer uma aterragem imprevista no território do Estado de trânsito, poderá este exigir ao Tribunal a apresentação de um pedido de trânsito nos termos previstos na alínea b). O Estado de trânsito manterá a pessoa sob detenção até à recepção do pedido de trânsito e à efectivação do trânsito. Todavia, a detenção ao abrigo da presente alínea não poderá prolongar-se para além das noventa e seis horas subsequentes à aterragem imprevista, se o pedido não for recebido dentro desse prazo.

4 — Se a pessoa reclamada for objecto de procedimento criminal ou estiver a cumprir uma pena no Estado requerido por crime diverso do que motivou o pedido de entrega ao Tribunal, este Estado consultará o Tribunal após ter decidido anuir ao pedido.

Artigo 90.º

(Pedidos concorrentes)

1 — Um Estado Parte que, nos termos do artigo 89.º, receba um pedido de entrega de uma pessoa formulado pelo Tribunal e receba igualmente, de qualquer outro Estado, um pedido de extradição relativo à mesma pessoa, pelos mesmos factos que motivaram o pedido de entrega por parte do Tribunal, deverá notificar o Tribunal e o Estado requerente de tal facto.

2 — Se o Estado requerente for um Estado Parte, o Estado requerido dará prioridade ao pedido do Tribunal:

- a) Se o Tribunal tiver decidido, nos termos dos artigos 18.º ou 19.º, da admissibilidade do caso a que respeita o pedido de entrega, e tal determinação tiver tido em conta o inquérito ou o procedimento criminal conduzido pelo Estado requerente relativamente ao pedido de extradição por este formulado; ou
- b) Se o Tribunal tiver tomado a decisão referida na alínea a) em conformidade com a notificação feita pelo Estado requerido, em aplicação do n.º 1.

3 — Se o Tribunal não tiver tomado uma decisão nos termos da alínea a) do n.º 2, o Estado requerido poderá, se assim o entender, estando pendente a determinação do Tribunal nos termos da alínea b) do n.º 2, dar seguimento ao pedido de extradição formulado pelo Estado requerente sem, contudo, extraditar a pessoa até que o Tribunal decida sobre a admissibilidade do caso. A decisão do Tribunal seguirá a forma sumária.

4 — Se o Estado requerente não for Parte no presente Estatuto, o Estado requerido, desde que não esteja obrigado por uma norma internacional a extraditar o interessado para o Estado requerente, dará prioridade ao pedido de entrega formulado pelo Tribunal, no caso de este se ter decidido pela admissibilidade do caso.

5 — Quando um caso previsto no n.º 4 não tiver sido declarado admissível pelo Tribunal, o Estado requerido poderá, se assim o enten-

der, dar seguimento ao pedido de extradição formulado pelo Estado requerente.

6 — Relativamente aos casos em que o disposto no n.º 4 seja aplicável, mas o Estado requerido se veja obrigado, por força de uma norma internacional, a extraditar a pessoa para o Estado requerente que não seja Parte no presente Estatuto, o Estado requerido decidirá se procede à entrega da pessoa em causa ao Tribunal ou se a extradita para o Estado requerente. Na sua decisão, o Estado requerido terá em conta todos os factores relevantes, incluindo, entre outros:

- a) A ordem cronológica dos pedidos;
- b) Os interesses do Estado requerente, incluindo, se relevante, se o crime foi cometido no seu território, bem como a nacionalidade das vítimas e da pessoa reclamada; e
- c) A possibilidade de o Estado requerente vir a proceder posteriormente à entrega da pessoa ao Tribunal.

7 — Se um Estado Parte receber um pedido de entrega de uma pessoa formulado pelo Tribunal e um pedido de extradição formulado por um outro Estado Parte ⁽²⁾ relativamente à mesma pessoa por factos diferentes dos que constituem o crime objecto do pedido de entrega:

- a) O Estado requerido dará prioridade ao pedido do Tribunal, se não estiver obrigado por uma norma internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente;
- b) O Estado requerido terá de decidir se entrega a pessoa ao Tribunal ou a extradita para o Estado requerente, se estiver obrigado por uma norma internacional a extraditar a pessoa para o Estado requerente. Na sua decisão, o Estado requerido considerará todos os factores relevantes, incluindo, entre outros, os constantes do n.º 6 do presente artigo; todavia, deverá dar especial atenção à natureza e à gravidade dos factos em causa.

8 — Se, em conformidade com a notificação prevista no presente artigo, o Tribunal se tiver pronunciado pela inadmissibilidade do caso e, posteriormente, a extradição para o Estado requerente for recusada, o Estado requerido notificará o Tribunal dessa decisão.

(2) Vd. *supra*, nota 35.

Artigo 91.º*(Conteúdo do pedido de detenção e de entrega)*

1 — O pedido de detenção e de entrega será formulado por escrito. Em caso de urgência, o pedido poderá ser feito através de qualquer outro meio de que fique registo escrito, devendo, no entanto, ser confirmado através dos canais previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 87.º

2 — O pedido de detenção e entrega de uma pessoa relativamente à qual o juízo de instrução tiver emitido um mandado de detenção, ao abrigo do artigo 58.º, deverá conter ou ser acompanhado dos seguintes documentos:

- a) Uma descrição da pessoa procurada, contendo informação suficiente que permita a sua identificação, bem como informação sobre a sua provável localização;
- b) Uma cópia do mandado de detenção; e
- c) Os documentos, declarações e informações necessários para satisfazer os requisitos do processo de entrega pelo Estado requerido; contudo, tais requisitos não deverão ser mais rigorosos do que os que devem ser observados em caso de um pedido de extradição em conformidade com tratados ou convénios celebrados entre o Estado requerido e outros Estados, devendo, se possível, ser menos rigorosos face à natureza particular de que se reveste o Tribunal.

3 — Se o pedido respeitar à detenção e à entrega de uma pessoa já condenada, deverá conter ou ser acompanhado dos seguintes documentos:

- a) Uma cópia do mandado de detenção dessa pessoa;
- b) Uma cópia da sentença condenatória;
- c) Elementos que demonstrem que a pessoa procurada é a mesma a que se refere a sentença condenatória; e
- d) Se a pessoa procurada já tiver sido condenada, uma cópia da sentença e, em caso de pena de prisão, a indicação do período que já tiver cumprido, bem como o período que ainda lhe falte cumprir.

4 — Mediante requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeita a questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre quaisquer requisitos previstos no seu direito interno que possam ser aplicados nos termos da alínea c) do n.º 2. No decurso de tais consultas, o Estado Parte informará o Tribunal dos requisitos específicos constantes do seu direito interno.

Artigo 92.º

(Prisão preventiva)

1 — Em caso de urgência, o Tribunal pode solicitar a prisão preventiva da pessoa procurada até à apresentação do pedido de entrega e dos documentos de apoio referidos no artigo 91.º

2 — O pedido de prisão preventiva será transmitido por qualquer meio de que fique registo escrito e conterà:

- a) Uma descrição da pessoa procurada, contendo informação suficiente que permita a sua identificação, bem como informação sobre a sua provável localização;
- b) Uma exposição sucinta dos crimes pelos quais a pessoa é procurada, bem como dos factos alegadamente constitutivos de tais crimes, incluindo, se possível, a data e o local da sua prática;
- c) Uma declaração que certifique a existência de um mandado de detenção ou de uma decisão condenatória contra a pessoa procurada; e
- d) Uma declaração de que o pedido de entrega relativo à pessoa procurada será enviado posteriormente.

3 — Qualquer pessoa mantida sob prisão preventiva poderá ser posta em liberdade se o Estado requerido não tiver recebido, em conformidade com o artigo 91.º, o pedido de entrega e os respectivos documentos no prazo fixado pelo Regulamento Processual. Todavia, essa pessoa poderá consentir na sua entrega antes do termo do período se a legislação do Estado requerido o permitir. Nesse caso, o Estado requerido procede à entrega da pessoa reclamada ao Tribunal, o mais rapidamente possível.

4 — O facto de a pessoa reclamada ter sido posta em liberdade em conformidade com o n.º 3 não obstará a que seja de novo detida e entregue se o pedido de entrega e os documentos de apoio vierem a ser apresentados posteriormente.

Artigo 93.º

(Outras formas de cooperação)

1 — Em conformidade com o disposto no presente capítulo e nos termos dos procedimentos previstos nos respectivos direitos internos, os Estados Partes darão seguimento aos pedidos formulados pelo Tribunal

para concessão de auxílio, no âmbito de inquéritos ou procedimentos criminais, no que se refere a:

- a) Identificar uma pessoa e o local onde se encontra, ou localizar objectos;
- b) Reunir elementos de prova, incluindo os depoimentos prestados sob juramento, bem como produzir elementos de prova, incluindo perícias e relatórios de que o Tribunal necessita;
- c) Interrogar qualquer pessoa que seja objecto de inquérito ou de procedimento criminal;
- d) Notificar documentos, nomeadamente documentos judiciais;
- e) Facilitar a comparência voluntária perante o Tribunal de pessoas que deponham na qualidade de testemunhas ou de peritos;
- f) Proceder à transferência temporária de pessoas, em conformidade com o n.º 7;
- g) Realizar inspecções a locais ou sítios, nomeadamente a exumação e o exame de cadáveres enterrados em fossas comuns;
- h) Realizar buscas e apreensões;
- i) Transmitir registos e documentos, nomeadamente registos e documentos oficiais;
- j) Proteger vítimas e testemunhas, bem como preservar elementos de prova;
- k) Identificar, localizar e congelar ou apreender o produto de crimes, bens, haveres e instrumentos ligados aos crimes, com vista à sua eventual declaração de perda, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé; e
- l) Prestar qualquer outra forma de auxílio não proibida pela legislação do Estado requerido, destinada a facilitar o inquérito e o procedimento por crimes da competência do Tribunal.

2 — O Tribunal tem poderes para garantir à testemunha ou ao perito que perante ele compareça de que não serão perseguidos, detidos ou sujeitos a qualquer outra restrição da sua liberdade pessoal, por facto ou omissão anteriores à sua saída do território do Estado requerido.

3 — Se a execução de uma determinada medida de auxílio constante de um pedido apresentado ao abrigo do n.º 1 não for permitida no Estado requerido em virtude de um princípio jurídico fundamental de aplicação geral, o Estado em causa iniciará sem demora consultas com o Tribunal com vista à solução dessa questão. No decurso das consultas, serão consideradas outras formas de auxílio, bem como as condições da sua realização. Se, concluídas as consultas, a questão não estiver resolvida, o Tribunal alterará o conteúdo do pedido conforme se mostrar necessário.

4 — Nos termos do disposto no artigo 72.º, um Estado Parte só poderá recusar, no todo ou em parte, um pedido de auxílio formulado pelo Tribunal se tal pedido se reportar unicamente à produção de documentos ou à divulgação de elementos de prova que atentem contra a sua segurança nacional.

5 — Antes de denegar o pedido de auxílio previsto na alínea *l*) do n.º 1, o Estado requerido considerará se o auxílio poderá ser concedido sob determinadas condições ou se poderá sê-lo em data ulterior ou sob uma outra forma, com a ressalva de que, se o Tribunal ou o procurador aceitarem tais condições, deverão observá-las.

6 — O Estado requerido que recusar um pedido de auxílio comunicará, sem demora, os motivos ao Tribunal ou ao procurador.

7 — *a*) O Tribunal poderá pedir a transferência temporária de uma pessoa detida para fins de identificação ou para obter um depoimento ou outra forma de auxílio. A transferência realizar-se-á sempre que:

- i*) A pessoa der o seu consentimento, livremente e com conhecimento de causa; e
- ii*) O Estado requerido concordar com a transferência, sem prejuízo das condições que esse Estado e o Tribunal possam acordar.

b) A pessoa transferida permanecerá detida. Esgotado o fim que determinou a transferência, o Tribunal reenviá-la-á imediatamente para o Estado requerido.

8 — *a*) O Tribunal garantirá a confidencialidade dos documentos e das informações recolhidas, excepto se necessários para o inquérito e os procedimentos descritos no pedido.

b) O Estado requerido poderá, se necessário, comunicar os documentos ou as informações ao procurador a título confidencial. O procurador só poderá utilizá-los para recolher novos elementos de prova.

c) O Estado requerido poderá, oficiosamente ou a pedido do procurador, autorizar a divulgação posterior de tais documentos ou informações, os quais poderão ser utilizados como meios de prova, nos termos do disposto nos capítulos V e VI e no Regulamento Processual.

9 — *a*):

- i*) Se um Estado Parte receber pedidos concorrentes formulados pelo Tribunal e por um outro Estado, no âmbito de uma obrigação internacional, e cujo objecto não seja nem a entrega nem a extradição, esforçar-se-á, mediante consultas com o Tribunal e esse outro Estado, por dar satisfação a ambos os pedidos, adiando ou estabelecendo determinadas condições a um ou outro pedido, se necessário;

ii) A não ser possível, os pedidos concorrentes observarão os princípios fixados no artigo 90.º

b) Todavia, sempre que o pedido formulado pelo Tribunal respeitar a informações, bens ou pessoas que estejam sob o controlo de um Estado terceiro ou de uma organização internacional ao abrigo de um acordo internacional, os Estados requeridos informarão o Tribunal em conformidade, e este dirigirá o seu pedido ao Estado terceiro ou à organização internacional.

10 — a) Mediante pedido, o Tribunal cooperará com um Estado Parte e prestar-lhe-á auxílio na condução de um inquérito ou julgamento relacionado com factos que constituam um crime da jurisdição do Tribunal ou que constituam um crime grave à luz do direito interno do Estado requerente.

b):

i) O auxílio previsto na alínea a) deve compreender, a saber:

- 1) A transmissão de depoimentos, documentos e outros elementos de prova recolhidos no decurso do inquérito ou do julgamento conduzidos pelo Tribunal; e
- 2) O interrogatório de qualquer pessoa detida por ordem do Tribunal;

ii) No caso previsto na alínea b), i), 1):

- 1) A transmissão dos documentos e de outros elementos de prova obtidos com o auxílio de um Estado necessita do consentimento desse Estado;
- 2) A transmissão de depoimentos, documentos e outros elementos de prova fornecidos, quer por uma testemunha quer por um perito, será feita em conformidade com o disposto no artigo 68.º

c) O Tribunal poderá, em conformidade com as condições enunciadas neste número, deferir um pedido de auxílio formulado por um Estado que não seja parte no presente Estatuto.

Artigo 97.º

(Consultas)

Sempre que, ao abrigo do presente capítulo, um Estado Parte receba um pedido e constate que este suscita dificuldades que possam obviar à

sua execução ou impedi-la, o Estado em causa iniciará, sem demora, as consultas com o Tribunal com vista à solução desta questão. Tais dificuldades podem revestir as seguintes formas:

- a) Informações insuficientes para dar seguimento ao pedido;
- b) No caso de um pedido de entrega, o paradeiro da pessoa reclamada continuar desconhecido a despeito de todos os esforços ou a investigação realizada permitiu determinar que a pessoa que se encontra no Estado requerido não é manifestamente a pessoa identificada no mandado; ou
- c) O Estado requerido ver-se-ia compelido, para cumprimento do pedido na sua forma actual, a violar uma obrigação constante de um tratado anteriormente celebrado com outro Estado.

Artigo 98.º

(Cooperação relativa à renúncia, à imunidade e ao consentimento na entrega)

1 — O Tribunal não pode dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

2 — O Tribunal não pode dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega.

Artigo 119.º

(Resolução de diferendos)

1 — Qualquer diferendo relativo às funções judiciais do Tribunal será resolvido por decisão do Tribunal.

2 — Quaisquer diferendos entre dois ou mais Estados Partes relativos à interpretação ou à aplicação do presente Estatuto, que não forem

resolvidos pela via negocial num período de três meses após o seu início, serão submetidos à Assembleia dos Estados Partes. A Assembleia poderá procurar resolver o diferendo ou fazer recomendações relativas a outros métodos de resolução, incluindo a submissão do diferendo ao Tribunal Internacional de Justiça, em conformidade com o Estatuto desse Tribunal.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ⁽³⁾

(Extracto)

.....

Artigo 7.º

(Relações internacionais)

.....

7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.

.....

Artigo 33.º

(Expulsão, extradição e direito de asilo)

.....

3. A extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo.

4. Só é admitida a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, em condições de reciprocidade estabelecidas em con-

⁽³⁾ Redacção da Lei Constitucional n.º 1/2001, de 12-12-2001.

venção internacional e desde que o Estado requisitante ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada.

5. O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia.

6. Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física.

7. A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial.

.....