



Revista Brasileira de Direito Processual
Penal

E-ISSN: 2525-510X

revista@ibraspp.com.br

Instituto Brasileiro de Direito Processual
Penal
Brasil

Rocha, Jorge Bheron

Permanência, nacionalidade e residência do procurado como causa de não execução
facultativa do Mandado de Detenção Europeu: o caso português

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 5, núm. 2, mayo-agosto, 2019, pp. 889
-923

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673971415011>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto


Permanência, nacionalidade e residência do procurado como causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu: o caso português


Staying in, nationality and residence of the requested person as grounds for optional non-execution of the European Arrest Warrant: the Portuguese case

Jorge Bheron Rocha¹

Universidade de Fortaleza – Fortaleza/Ceará

bheronrocha@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5464447160393013>

 <http://orcid.org/0000-0002-6673-7174>

RESUMO: Objetiva-se neste artigo estudar a causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu (MDE) na hipótese de o procurado se encontrar no território do qual é nacional ou onde é residente, em especial o tratamento dado pelo Estado Português a estes casos. A pesquisa reveste-se de importância em razão de o MDE ser um instrumento surgido na esteira do mandado de detenção do Tribunal Penal Internacional, contrapondo-se às desvantagens da extração, buscando a simplificação e a celeridade em face das dificuldades práticas da persecução penal ante a livre movimentação no território europeu de pessoas. Utilizam-se como fontes de análise as Decisões-

¹ Doutorando em Direito Constitucional (UNIFOR). Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, com estágio na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Pós-graduado em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Sócio fundador do Instituto Latino-Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia (ILAEDPD). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Defensor Público do Estado do Ceará. Professor de Direito Penal e Processo Penal e Civil da Graduação e Pós-Graduação. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Membro do Conselho Editorial da Boulesis e da Emais Editora.

Quadro do Conselho da União Europeia, a legislação portuguesa pertinente e a jurisprudência dos Tribunais portugueses e do Tribunal de Justiça da União Europeia. Serão analisados os requisitos objetivos e subjetivos, os limites da facultatividade, os contornos do compromisso assumido em decorrência da recusa, a necessidade de eventual adaptação da pena frente ao aparente conflito entre sua imutabilidade e a reserva de soberania do Estado Português, e a relação do instituto com o princípio do reconhecimento mútuo, convertido em pedra angular da cooperação judiciária, dentro do espaço único europeu de justiça, segurança e liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Detenção Europeu; Causa de Recusa Facultativa; Permanência; Nacionalidade; Residência; Portugal; Jurisprudência; Princípio do Reconhecimento Mútuo.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to investigate the grounds for optional non-execution of the European Arrest Warrant in the event that the requested person is staying in, or is a national or a resident in the State, in particular the Portuguese case. The research is important because the EAW is an instrument that seeks to bypass the disadvantages of extradition, seeking simplification and speed in face of the practical difficulties of prosecution in light of the free movement of people within the European Union territory. The Framework Decisions of the Council of the European Union, the relevant Portuguese legislation and the jurisprudence of the Portuguese Courts and the Court of Justice of the European Union are used as sources of analysis. Objective and subjective requirements, the limits of faculties, the outlines of the commitment assumed as a result of the refusal, the need for possible adaptation of the sentence in face of the apparent conflict between its immutability and the reserve of sovereignty of the Portuguese State, and the relationship of the institute with the principle of mutual recognition, which became the cornerstone of judicial cooperation within the European Union's area of freedom, security and justice.*

KEY WORDS: *European Arrest Warrant; Grounds for Optional Refusal; Staying in; Nationality; Residence; Portugal; Jurisprudence; Principle of Mutual Recognition.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Território português, nacionalidade e residência; 2 A facultatividade vinculada da recusa de execução; 3 O compromisso do Estado Português de executar a pena e seus desdobramentos; 4. Adaptação da pena à lei portuguesa; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu (MDE) – prevista no art. 4º.6 da Decisão Quadro (DQ) 2002/584/ Justiça e Assuntos Internos (JAI), do Conselho da União Europeia, de 13 de junho – DQ2002/584, correspondendo ao art. 12º.1.g da Lei 65/2003, de 23 de agosto, a qual transpôs a citada decisão quadro para o ordenamento jurídico português.

Os estudos serão levados a efeito utilizando como principal fonte de análise os posicionamentos da jurisprudência dos Tribunais portugueses, especialmente do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), sobre as questões relativas à mencionada hipótese de recusa facultativa da execução do MDE do procurado que se encontre em território português com fundamento na nacionalidade portuguesa ou na residência em Portugal. Investiga-se, também, aspectos como a competência para firmar o compromisso do Estado Português em executar ele próprio a sentença estrangeira; a problemática da adaptação desta ao sistema jurídico-penal do Estado de execução; e as alterações trazidas pela Lei n.º 35, de 4 de maio de 2015.

À partida, impende delimitar o âmbito de discussão do presente trabalho, o que se faz de logo informando que aqui se tratará apenas do instituto da Entrega *stricto sensu*, entendida como aquela realizada no Espaço de Liberdade, Justiça e Segurança da União Europeia através do MDE, instrumento surgido na esteira do mandado de detenção emitido pelo juízo de instrução do Tribunal Penal Internacional (TPI)², inspirada no instituto da extradição³, mas contrapondo-se às suas desvantagens⁴,

² Ver principalmente os arts. 58º e 89º, do Decreto do Presidente da República n.º 2/2002 de 18 de janeiro, que ratifica o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

³ Para uma visão da evolução da Cooperação Judiciária ver CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin. 2006. p. 439-453; RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

⁴ “O germe do MDE encontra-se nas conclusões do Conselho de Tampere, que confirmam que o procedimento formal de extradição seja abolido entre os membros estados, e substituído por uma simples transferência”. ALEGRE, Susie; LEAF, Marisa. *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation*: A

sobretudo buscando a simplificação e a celeridade do procedimento⁵, e em face das dificuldades práticas acrescidas no âmbito da persecução penal ante à livre movimentação de pessoas, que podem ter intenções lícitas ou ilícitas, no território europeu⁶.

O MDE é uma decisão judiciária emitida por um Estado membro (chamado Estado-membro de emissão) com vista à detenção e entrega por outro Estado membro (chamado Estado-membro de execução) de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena privativa da liberdade, com ou sem controle de dupla incriminação. Relativamente às penas ou medidas de segurança privativas da liberdade, é admitida a entrega se estas tiverem duração máxima não inferior a 12 meses e, se sem controle de dupla incriminação, se a duração máxima não for inferior a três anos, ou, quando tiver por finalidade o cumprimento de pena ou de medida de segurança, desde que o cumprimento efetivo que se pretende não seja inferior a quatro meses⁷.

O MDE impõe maior automaticidade e simplicidade em matéria de cooperação criminal entre os países da União Europeia porque: (i) reduz drasticamente as hipóteses de aplicação do princípio da dupla criminalidade; (ii) transfere a competência pela entrega às autoridades

Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant. *European Law Journal*, v. 10, n. 2, mar. 2004. p. 201.

⁵ “À luz da complexidade do sistema de extradição decorrente desses actos e da lentidão processual resultante da sua aplicação, tal mudança de filosofia é também, porém, incontestavelmente oportuna”. CABRAL, Pedro. In *Bitter Sweet Symphony: Em torno da validade da Decisão-quadro 2002/584/JAI relativa ao mandado de detenção europeu*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 69, 2009. p. 250.

⁶ ZAMBIASI, Vinícius Wildner; KLEE, Paloma Marita Cavol. A (possibilidade de) não execução do mandado de detenção europeu fundamentada no tratamento ou pena cruel ou degradante. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 845-886, mai./ago. 2018. p. 854.

⁷ “I. O art. 2º da Lei nº 65/2003, de 23/08, mais concretamente o segmento ‘sanção aplicada não inferior a 4 meses’, deve interpretar-se no sentido de, por sanção aplicada, se entender pena aplicada no processo e ainda não cumprida, ou seja, pena cujo cumprimento efectivo se pretende com a utilização do mandado de detenção europeu, e não no sentido de pena proferida no processo, independentemente do tempo que dela restar cumprir.” Tribunal da Relação de Évora Processo: 179/11.6YREVR, Relator: Ana Barata Brito. Data do Acórdão: 31-01-2012.

judiciais e não às autoridades políticas; e, por último, há uma tentativa ambiciosa de reduzir a recusa de extradição por motivo ligado à nacionalidade da pessoa procurada, que vige em muitos Estados membros⁸. Entretanto algumas outras causas de recusa permanecem, dentre elas esta que é objeto de estudo do presente artigo.

Será analisada especificamente a hipótese em que Portugal é o Estado-membro de execução do MDE para entrega de procurado para cumprimento de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, em que a pessoa procurada se encontra em território nacional português, tem nacionalidade portuguesa ou reside em Portugal e que existe o compromisso deste país em executar a pena. Ademais, examinar-se-á eventual necessidade de adaptação da pena imposta pelo estado emissor à Lei Portuguesa, nos casos do compromisso de execução desta em Portugal perante a sobredita recusa.

Para tanto, além de se examinar a DQ2002/584 e a Lei 65/2003, também será necessário debruçar-se sobre a DQ2008/909/JAI, e, mesmo que tangencialmente, sobre a Lei 144/1999, o Código de Processo Penal (CPP), o Código Penal (CP), além de disposições comunitárias.

Além das normas que se relacionam estreitamente com a matéria, também se atentará para a análise de alguns documentos produzidos no seio da Comunidade Europeia, a fim de servir, ao mesmo tempo, de demarcação do âmbito de discussão histórica, o que poderá servir para entender a *mens legis* e *mens legislatoris*, bem assim servir de bússola interpretativa das normas comunitárias e das nacionais portuguesas.

Tendo em vista que o exame da jurisprudência dos Tribunais portugueses está no cerne do presente trabalho, opta-se por transcrever nas notas de rodapé os trechos dos acórdãos que correspondam diretamente à matéria tratada, bem como de trechos da legislação específica e de documentos, de forma a melhor visualizar o estado atual de discussão das questões abordadas e a real aplicabilidade das normas e princípios aos casos concretos postos à decisão pelo Judiciário lusitano.

⁸ MANCANO, Leandro. The right to liberty in European Union law and mutual recognition in criminal matters. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 18, p. 215-238, 2016.

As decisões judiciais examinadas serão, em sua maioria, aquelas que se debruçaram sobre o MDE e as causas de não execução da entrega, obrigatórias ou facultativas, e principalmente sobre a hipótese de recusa já citada, mas não exclusivamente, pois também serão analisadas decisões sobre extradição, revisão e confirmação de sentença estrangeira nos pontos de relação umbilical com a matéria a ser tratada.

Saliente-se a importância do estudo de todos os aspectos do Mandado de Detenção Europeu, com o fito de jogar luzes sobre questões relacionadas ao seu regime jurídico, em especial a sua aplicação prática, bem assim em razão da possibilidade de desenvolvimento por outras comunidades de nações de instrumentos semelhantes⁹, servindo a presente pesquisa como base comparativa, apresentando eventuais problemas e possíveis soluções.

1. TERRITÓRIO PORTUGUÊS, NACIONALIDADE E RESIDÊNCIA

Os tribunais portugueses têm sido chamados, com crescente frequência, a decidir sobre as questões relativas à execução do Mandado de Detenção Europeu, e, cada vez mais, sobre as causas de recusa de execução. Dentre as hipóteses mais comuns, estão aquelas que tem fundamento na nacionalidade ou residência do procurado que se encontre em território nacional português. A norma que fundamenta a recusa está na DQ 2002/584/JAI e na Lei 65/2003, aqui transcritas respectivamente:

Art. 4º [...] 6. Se o mandado de detenção europeu tiver sido emitido para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade, quando a pessoa procurada se encontrar no Estado-Membro de execução, for sua nacional ou sua residente e este Estado se comprometa a executar essa pena ou medida de segurança nos termos do seu direito nacional;

⁹ Como ocorre, por exemplo, no âmbito do MERCOSUL com o Mandado MERCOSUL de Captura (MMC), previsto no “Acordo sobre Mandado MERCOSUL de Captura e Procedimentos de Entrega entre os Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados” (MERCOSUL/CMC/DEC. nº 48/10), recentemente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 138/2018.

Art. 12º [...] 1 - A execução do mandado de detenção europeu pode ser recusada quando:

[...]

g) A pessoa procurada se encontrar em território nacional, tiver nacionalidade portuguesa ou residir em Portugal, desde que o mandado de detenção tenha sido emitido para cumprimento de uma pena ou medida de segurança e o Estado Português se comprometa a executar aquela pena ou medida de segurança, de acordo com a lei portuguesa.

Debruçando-se para uma análise detida da disposição expressa na alínea “g” do nº 1 do art. 12º da Lei 65/2003, a primeira questão que avulta é de se saber qual o sentido e alcance dos requisitos objetivos ali descritos. Além disso, também resta investigar se basta única e simplesmente seu preenchimento formal para fundamentar a recusa ou se há a necessidade de verificação de elementos subjetivos, como, por exemplo, o atendimento às finalidades da pena ou o respeito aos preceitos que fundamentam a construção do espaço de justiça, liberdade e segurança na União Europeia.

Os requisitos formais trazidos pela Lei 65/2003 são os de a pessoa procurada: a) encontrar-se em território nacional; ou b) ter nacionalidade portuguesa ou c) ter residência em Portugal. Assim, objetivamente, para a recusa, importa que o procurado seja português ou, não o sendo, tenha residência em Portugal ou esteja em seu território.

A definição do que é território nacional português encontra-se de forma clara na Constituição deste país¹⁰, bem como, embora não se trate propriamente de território, mas, para efeitos penais, o Código Penal e o Código de Processo Penal consideram aplicáveis a lei portuguesa no

¹⁰ Artigo 5.º Ademais: “Do território insular faz parte também o pequeno arquipélago desabitado das Selvagens, o qual, embora podendo ser considerado geograficamente uma entidade insular própria, distinta do arquipélago da Madeira, sempre esteve ligado histórica e politicamente a esta, pelo que nele é corretamente inserido”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 227. Também o mesmo autor, obra e página para saber sobre mais sobre águas territoriais, zona económica exclusiva e fundos marinhos contíguos.

âmbito dos navios e aeronaves portuguesas¹¹, não havendo argumento em contrário para que se afaste a aplicabilidade do art. 12º,1, “g” também aos casos em que o agente esteja nestas situações, não obstante se admita ser de difícil configuração factual.

A qualidade de nacional deve ser analisada à luz do direito interno do Estado de execução, porquanto não estão estabelecidos em convenções os critérios objetivos para determinar a nacionalidade¹². Por sua vez, a pessoa procurada deve comprovar sua condição de nacional no momento da decisão a ser tomada em relação ao MDE, independentemente de o agente à época do crime não possuir a nacionalidade portuguesa. Esta é a orientação seguida na jurisprudência relativamente aos casos de extradição¹³, devendo ser adotada tal linha de interpretação, uma vez que o que está em causa é o procedimento formal do MDE e a decisão dele decorrente, não devendo ser confundido com o procedimento penal que teve curso no Estado de emissão, este sim, eventualmente, deve ter levado em conta o tempo em que ocorreu o fato objeto da sentença.

Relativamente à configuração do requisito da residência, há entendimento de que este só será considerado presente se enquadrado nos termos da Lei nº 37/2006, de 9 de agosto¹⁴, que transpôs para o ordenamento português a Diretiva 2004/38 da Comunidade Europeia¹⁵,

¹¹ Art. 4º, B do CP e art. 20º, 1 e 2, do CPP.

¹² THOUVENIN, Jean-Marc Le principe de non-extradition des nationaux, In S. TOUZE. *La nationalité*, SFDI, Pedone, 2012, p. 133. Além disso, narra o autor que, na Convenção Europeia sobre Extradição, a solução encontrada foi a de os Estados, no momento da assinatura ou depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão, definirem, no que lhes diz respeito, o termo “nacionais”, oportunidade em que a Dinamarca declarou que “nacionais” significa os nacionais da Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia e pessoas domiciliadas nesses países (p. 134 e nota 34).

¹³ A qualidade de nacional é apreciada no momento em que seja tomada a decisão sobre a extradição (art. 32º nº 6 da Lei 144/99). Destarte, importa saber se, neste momento, o extraditando tem a nacionalidade portuguesa. Tribunal da Relação de Lisboa Processo: 759/11.0YRLSB-3 Relator: Jorge Raposo.

¹⁴ Art. 10º: Este artigo provém do art. 26º da Directiva 2004/38/CE.

¹⁵ Nos casos em que a recusa se possa fundar na residência, deverá considerar-se, em particular, o disposto no artigo 16.º da Directiva 2004/38 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas

existindo decisões no sentido de que, mesmo com a demonstração da residência através de documento hábil, isso não se converte em comprovação suficiente de que o procurado tem a pretensão efetiva de firmar residência permanente de forma a afastar a motivação que fundamenta a emissão do MDE¹⁶.

Entretanto, na mesma orientação do já decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁷, o STJ já entendeu no sentido da desnecessidade de formalismo¹⁸ para a configuração da residência. Isso em razão de a própria lei não exigir grau tão elevado de ligação ao território nacional

famílias no território dos Estados-membros (JOL 143, de 30.4.2004) – artigo 10.º da Lei n.º Lei nº 37/2006, de 9 de Agosto, que procede à transposição da Directiva – os cidadãos da UE adquirem um direito de residência permanente no território do Estado-membro de acolhimento quando nele tenham legalmente residido por um período ininterrupto de 5 anos. (Procuradoria-Geral Distrital - Tribunal Da Relação De Lisboa - Cooperação Judiciária Internacional Em Matéria Penal - Orientações E Notas De Procedimento Do Ministério Público No Tribunal Da Relação).

¹⁶ “Por seu lado, ao nível da sua permanência e da sua situação em Portugal, ainda se pode constatar que, admitindo que há alguns anos aqui esteja, só, porém, em 2009, terá requerido o registo de cidadão da União Europeia, nos termos do art.14º da Lei nº.37/2006, de 09.08, o qual, segundo o respectivo regime legal, se destina a cidadãos da União cuja estada no território português se prolongue por período superior a três meses, cuja validade, em concreto, foi fixada até 27.11.2012, presumindo-se, assim, face ao disposto no nº.4 do mesmo preceito legal, que o seja pelo período que preveja para essa residência no País”. Tribunal da Relação de Évora Processo: 118/10.1YREVR Relator: Carlos Berguete Coelho. Data do Acórdão: 19-08-2010.

¹⁷ “Daqui resulta que uma exigência administrativa suplementar, como uma autorização de residência por tempo indeterminado na aceção do artigo 21º da Vw, não pode, tratando-se de um cidadão da União, constituir uma condição prévia para a aplicação do motivo de não execução facultativa de um mandado de detenção europeu enunciado no artigo 4º, nº 6, da Decisão-quadro 2002/584”. Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de Outubro de 2009 (apresentado pelo Rechtbank Amsterdam - Países Baixos) - no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu emitido contra Dominic Wolzenburg (Processo C-40/08).

¹⁸ “Com efeito, a lei não exige uma ligação ao território nacional da ordem e intensidade pressupostas pelo acórdão do Tribunal da Relação, contentando-se, no seu grau menos exigente, com o facto de a pessoa procurada se encontrar em território português”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1 5ª secção. Relator: Rodrigues da Costa.

como requisito de recusa facultativa em exame, conformando-se com a permanência em Portugal, de menor intensidade.

Compreende-se que, tanto as decisões que entendem pela desnecessidade de maiores formalismos para a configuração da residência, tanto aquelas que, não obstante a prova da residência¹⁹, consideram não ser esta fundamento suficiente para a não-execução do mandado de detenção; corretamente elegem, como linha mestra de sustentação, a busca da verificação das vantagens existentes no cumprimento da pena do procurado no Estado Português e, conseqüentemente, a decisão pela recusa de execução do MDE²⁰.

Não se pode deixar de verificar que o MDE se insere num contexto de instrumentalização do espaço de justiça, liberdade e segurança, e, como tal, deve render-se às finalidades de sua criação, bem assim, observar os fins da imposição da sanção penal e a realização dos efeitos socialmente úteis que pode desencadear²¹.

A partir deste ponto, passa-se a averiguar que, não obstante pareçam estar apenas objetivamente delineados os requisitos para o exercício da recusa da entrega do agente que se encontre em território português

¹⁹ O Tribunal de Justiça da União Europeia também se manifestou sobre o tema: “uma pessoa procurada é «residente» no Estado-Membro de execução quando tiver fixado a sua residência real nesse Estado-Membro e «encontra-se» aí quando, na sequência de uma permanência estável de uma certa duração nesse Estado-Membro, criou laços com esse Estado num grau semelhante aos que resultam da residência; para determinar se entre a pessoa procurada e o Estado-Membro de execução existem laços que permitam considerar que essa pessoa está abrangida pela expressão “se encontrar”, na aceção do referido artigo 4.º, n.º 6, cabe à autoridade judiciária de execução fazer uma apreciação global de vários dos elementos objectivos que caracterizam a situação dessa pessoa, entre os quais, nomeadamente, a duração, a natureza e as condições da sua permanência, bem como os seus laços familiares e económicos com o Estado-Membro de execução. Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 17 de julho de 2008 (pedido de decisão prejudicial do Oberlandesgericht Stuttgart - Alemanha), no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu emitido contra Szymon Kozłowski (Processo C-66/08).

²⁰ Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª secção. Relator: Rodrigues da Costa.

²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 155.

ou ali tenha residência ou seja nacional, esta análise requererá, inegavelmente, a verificação das finalidades da pena, segundo regras formais e dirigido à consecução da paz²². Assim, impende salientar que, para além destes requisitos diretos, são condições da recusa ainda: 1) o mandado de detenção ter por finalidade o cumprimento de uma pena ou medida de segurança; 2) o Estado Português se comprometer a executar a pena, ainda que de acordo com a lei portuguesa, situação esta que será objeto de exame mais adiante.

Ora, o Supremo Tribunal de Justiça, em lapidar acórdão, ao buscar fundamentação teleológica para a não execução do MDE com base na causa de recusa ora em estudo, deixou assente que tal disposição tem forte ressonância com os fins inerentes às sanções penais. Dentre estes, destacadamente, a reinserção social ocupa posição fundamental e de persecução imprescindível, uma vez que a execução da pena ou da medida de segurança no próprio país onde reside ou permanece ou de que é nacional revela evidentemente uma maior adequação à finalidade de reintegração do procurado, além de ser mais benéfica e menos gravosa, sobretudo em decorrência de sua consolidação social, familiar e nacional²³, inclusive como expressamente previsto no art. 40º, 1, do Código Penal português²⁴.

Neste prisma, resta claro que a questão da residência e da permanência deve ser ponderada em conjunto com a perspectiva da reinserção social, do convívio familiar salutar, das circunstâncias de vida que favoreçam o distanciamento da delinquência e da consequente estabilização da vida em sociedade do procurado.

Ao confrontar os requisitos objetivos e subjetivos, percebe-se que o fato de o procurado residir e manter suas circunstâncias de vida ligadas à sociedade portuguesa demonstra que haverá maior eficácia das finalidades da pena se esta for executada nas instituições portuguesas e

²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito. Tradução e notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, 1997. p. 82.

²³ Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa.

²⁴ Art. 40º [...] 1 - A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

de acordo com as diretrizes penais de Portugal, pois é neste Estado que ele deve ser reintegrado à vida social²⁵.

Não é sem razão, ao contrário, que coincide com alguns dos “considerandos” e articulados previstos na DQ2008/909 a premente necessidade de que haja a inafastável perspectiva de reinserção social para que a pena proferida em um Estado-membro possa ser executada em outro, o que poderá ser analisado a partir de elementos tais como a ligação familiar e outros fatores econômico-sócio-culturais²⁶.

2. A FACULTATIVIDADE VINCULADA DA RECUSA DE EXECUÇÃO

Outra questão que deve ser verificada é se o Estado Português teria obrigatoriamente que recusar a execução do MDE se verificadas as circunstâncias objetivas previstas na alínea g do número 1 do art. 12º e se estiverem presentes os elementos que demonstrem que o cumprimento da pena em Portugal seria mais vantajoso para sua reinserção social.

Acerca do assunto, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que, não obstante a Lei 65/2003 falar expressamente em causas facultativas, tal facultatividade se não traduz em exercício discricionário ou arbitrário do Estado Português, senão em decisão necessariamente tomada em conformidade com critérios e vinculações normativos²⁷.

²⁵ Supremo Tribunal de Justiça, Processo 134/09, de 10-09-2009.

²⁶ Considerando (9) A execução da condenação no Estado de execução deverá aumentar a possibilidade de reinserção social da pessoa condenada. Para se certificar de que a execução da condenação pelo Estado de execução contribuirá para facilitar a reinserção social da pessoa condenada, a autoridade competente do Estado de emissão deverá atender a elementos como, por exemplo, a ligação da pessoa ao Estado de execução e o facto de o considerar ou não como o local onde mantém laços familiares, linguísticos, culturais, sociais, económicos ou outros. E ainda: Artigo 3º. Objectivo e âmbito de aplicação 1. A presente decisão-quadro tem por objectivo estabelecer as regras segundo as quais um Estado-Membro, tendo em vista facilitar a reinserção social da pessoa condenada, reconhece uma sentença e executa a condenação imposta.

²⁷ Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10.3YREVR.S1. Convencional: 5ª Secção. Relator: Isabel Pais Martins.

De fato, compreende-se que este seja o sentido correto de se referir à “faculdade vinculada”²⁸, atendendo-se a dois prismas: o primeiro é o que se verifica na relação entre o Estado Português e o Estado-membro de emissão, pois, mesmo havendo previsão de recusa facultativa à execução da entrega, esta não pode se dar de forma aleatória ou arbitrária²⁹, uma vez que este instrumento jurídico foi inserido através do Programa aplicação do princípio do reconhecimento mútuo dos processos penais³⁰, convertido em pedra angular da cooperação judiciária, conforme o Conselho da União Europeia, sendo o MDE o primeiro mecanismo jurídico que concretiza o citado princípio no domínio do direito penal.

Portanto, em sendo o MDE um instrumento das autoridades nacionais para combater o fenômeno criminal transnacional justamente nos locais onde sua jurisdição e competências se tornam exíguas³¹, a recusa de cumprimento só deve se dar com fundamento reconhecidamente

²⁸ Em sentido diverso da vinculação, mas se referindo à necessidade de convicção motivada do juízo: “uma vez que as causas de recusa facultativa não vinculam a autoridade judiciária de execução a não proceder à detenção e entrega, antes lhe conferem uma *potestas decidendi* dentro da liberdade e independência de convicção e de decisão que lhe é comumente reconhecida” Tribunal da Relação de Lisboa Processo: 1412/10.7YRLSB-5. Relator: Alda Tomé Casimiro. Data do Acórdão: 25-01-2011.

²⁹ O que não pode nem deve é tratar-se de um acto arbitrário, caprichoso ou meramente voluntarista, capaz de pôr em causa os sãos princípios de cooperação internacional a que a Lei quis dar corpo. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 76/10.2YRLSB.S1. 3ª Secção. Relator: Santos Cabral. Data do Acórdão: 25-03-2010. E ainda: “a recusa facultativa não pode ser concebida como um acto gratuito ou arbitrário do tribunal. Há-de assentar em argumentos e elementos de facto adicionais aportados ao processo e susceptíveis de adequada ponderação, nomeadamente factos invocados pelos interessados, que, devidamente equacionados, levem a dar justificada prevalência ao processo nacional sobre o do Estado requerente”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 07P2178 N° Convencional: JSTJ000. Relator: Pereira Madeira. N° do Documento: SJ200706060021785. Data do Acórdão: 06-06-2007.

³⁰ FREISS, Kintxo. Les Incertitudes Relatives au Mandat d'Arrêt Européen à la Lumière de l’Affaire Aurore Martin. *Revue québécoise de droit international*, n. 28.1, 2015. p. 54.

³¹ AGUIAR BRANCO, José Pedro. *Liberdade de circulação e circulação de liberdade – Inclusão, diversidade e criminalidade na União Europeia*. p. 19. Disponível em: <https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000021001-000022000/000021543.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

relevante³², apto a afastar a ideia de circulação livre das decisões judiciais no espaço europeu comum³³.

O segundo prisma a ser considerado diz respeito ao nexo subjetivo existente entre a pessoa procurada e o Estado Português, no qual se encontra, do qual é nacional ou possui residência³⁴, que, assente nos direitos, liberdade e garantias que vivencia, faz jus a uma decisão fundamentada do magistrado, ou seja, de que o juiz deve se basear nas normas e nos fatos juridicamente comprovados nos autos, dando a estes a valoração razoável e proporcional que se espera em qualquer decisão judicial³⁵.

Verifique-se que o MDE se consubstancia, ao contrário da extradição, em um procedimento inteiramente judicializado e juridicizado³⁶:

³² “A recusa facultativa regulada no artigo 12.º tem de assentar em motivos ponderosos, ligados fundamentalmente às razões que subjazem, por um lado, ao interesse do Estado que solicita a entrega do cidadão de outro país para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de pena ou de medida de segurança privativa da liberdade, por outro, ao interesse do Estado a quem o pedido é dirigido em consentir ou não na entrega de um nacional seu”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P782. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Silva Flor. Nº do Documento: SJ20060315007823. Data do Acórdão: 15-03-2006.

³³ ROSA PAIS, Ana Isabel. A Ausência de Controlo da Dupla Incriminação no Âmbito da Decisão-quadro Relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de Maio de 2007. *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 98 Ad Honorem – 5.2009. p. 810.

³⁴ Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10.3YREVR.S1. Convencional: 5ª Secção. Relator: Isabel Pais Martins.

³⁵ “[...] perante a ausência no regime legal do MDE de critérios gerais ou específicos quanto às condições de exercício da faculdade de recusa de execução e porque a recusa facultativa não pode traduzir-se num acto gratuito ou arbitrário do tribunal, impõe-se um juízo de ponderação da tutela dos interesses juridicamente protegidos, averiguando-se se os argumentos de facto invocados pelo interessado são adequados e susceptíveis de justificar a prevalência do processo nacional sobre o Estado requerente”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p.191.

³⁶ “Juridicizado porque não há qualquer juízo de oportunidade política na decisão. Judicializado porque a cooperação se faz directamente entre as autoridades judiciais dos Estados-Membros, sem qualquer intervenção do poder executivo”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P4352. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Maia Costa.

no primeiro sentido, porque fora afastada a intervenção de autoridades administrativas, dando-se o procedimento apenas entre as autoridades judiciárias³⁷; no segundo, porque a decisão tomada é puramente jurisdiccional³⁸, não cabendo, portanto, juízo de conveniência e oportunidade³⁹, próprios do ato administrativo⁴⁰.

Não é despidiendo destacar que tal procedimento juridicizado e judicializado tem com consequências, ainda, a simplificação⁴¹

³⁷ “Tal procedimento é baseado em um modelo “harmonizado” de decisões judiciais, fundamentadas na confiança depositada em cada um dos diferentes sistemas jurídicos e judiciários, que podem ser emitidas por qualquer juiz ou tribunal com competência penal de um Estado-membro”. SOLTOS-KI JUNIOR, Mario Elias. O Controlo da Dupla Incriminação e o Mandado de Detenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, n. 16, 2006. p. 485-486.

³⁸ “The decision whether or not to execute the warrant and to grant surrender corresponds exclusively to the judiciary”. GARCÍA-MALTRÁS, Elsa. Judicial cooperation in criminal matters and fight against terrorism: the Council Framework Decisions on combating terrorism and the European Arrest Warrant. *Revista do Centro de Informação Europeia Jacques Delors*, Lisboa, n. 16/17 - dez./jun. 2005. p. 160.

³⁹ “Fixando a lei causa de recusa deixada à faculdade do Estado de execução, o plano da lei só se completaria com o estabelecimento de critérios que permitam integrar a função da norma, com base em princípio que se não remetam a discricionariedade ou oportunidade simples sem suporte”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 08P3709. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Henriques Gaspar. Data do Acórdão: 12-11-2008.

⁴⁰ “Da cooperação entre Estados com uma componente diplomática, que não prescindia da abordagem do caso também em termos políticos, passou-se para uma cooperação directa entre autoridades judiciárias assente apenas na realização da justiça”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 89/11.7 YR-CBR.S1. 5ª Secção. Relator: Souto de Moura.

⁴¹ “Uma dessas formas de simplificação é a livre circulação de decisões judiciais, num espaço onde já havia sido implantada a livre circulação de pessoas e bens”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

e celeridade⁴²; e a ampliação das garantias processuais penais dos procurados⁴³.

3. O COMPROMISSO DO ESTADO PORTUGUÊS EM EXECUTAR A PENA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Um outro ponto que se deve destacar nesta hipótese de não -execução do MDE, é o de se saber se existe uma ordem de exame nos requisitos da recusa de execução já vistos anteriormente, nacionalidade ou residência ou a localização do procurado em território português, os benefícios da execução da pena nas instituições nacionais portuguesas, e o compromisso de execução da pena por parte de Portugal.

Neste tocante, a jurisprudência portuguesa, até algum tempo atrás, iniciava o exame especificamente desta hipótese facultativa de recusa pela verificação da existência no processo de prova de que o Estado Português (i) se comprometeu a executar a pena em causa; ou (ii) se deva comprometer a tal; ou (iii) se já iniciou o procedimento conducente a tal compromisso⁴⁴. O compromisso ou, pelo menos, a expectativa de este ser prestado pelo Estado Português constituía-se em questão prévia à análise dos demais requisitos objetivos e subjetivos.

⁴² RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção Europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1. 2003. p. 35; ROSA PAIS, Ana Isabel. A Ausência de Controlo da Dupla Incriminação no Âmbito da Decisão-quadro Relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de Maio de 2007. *Boletim da Faculdade de Direito*, Stvdia Iuridica 98 Ad Honorem – 5.2009. p. 804; SOLTOSKI JUNIOR, Mario Elias. O Controlo da Dupla Incriminação e o Mandado de Detenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, n. 16, 2006. p. 485.

⁴³ RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção Europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 13, n. 1, 2003. p. 36; SOLTOSKI JUNIOR, Mario Elias. O Controlo da Dupla Incriminação e o Mandado de Detenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, n. 16, 2006. p. 486.

⁴⁴ “Nestas circunstâncias, para que possa funcionar o mecanismo de recusa de execução é necessário que resulte dos autos que o Estado Português se comprometeu a executar a pena em causa; ou que o Estado Português se deva comprometer a tal; ou se já iniciou o procedimento conducente a tal compromisso; e ainda que a pessoa procurada aceite cumprir a pena em Portugal”. Tribunal da Relação de Évora. Processo: 955/07-1. Relator: Antônio Pires Robalo. Data do Acórdão: 15-05-2007.

Assim, se não constasse nos autos do MDE o compromisso de executar a pena em Portugal, os Tribunais sequer passavam ao exame das questões da nacionalidade, residência ou permanência em solo português, muito menos verificavam a reinserção social como elemento teleológico da causa de recusa.

Anteriormente, ainda, algumas decisões atrelavam o compromisso do Estado Português à necessária e antecedente revisão e confirmação da sentença estrangeira, convertendo-se este procedimento em elemento preliminar para que o Estado Português pudesse se comprometer a executar a medida restritiva de liberdade prevista no Mandado de Detenção emitido por outro Estado-membro.

Ora, para que pudesse então se opor à execução do MDE com base na existência da causa de recusa da alínea “g” do nº 1 do Art. 12 da Lei 65/2003, com fundamento no art. 21, nº 2, da DQ 2002/584/JAI, o procurado teria que antecipadamente ajuizar a ação de revisão e confirmação da sentença condenatória que teve contra si exarada no Estado-membro de emissão, para que, ao tempo em que fosse emitido o MDE, já tivesse pelo menos iniciado o procedimento que visasse obter o citado compromisso por parte de Portugal. Havia, ainda, a dúvida acerca de quem seria a autoridade ou órgão, ou Poder com competência/atribuição para realizar este compromisso em nome do Estado Português.

Segundo a pesquisa e os resultados encontrados, não foram estas as orientações que prevaleceram nos Tribunais portugueses, especialmente no Supremo Tribunal de Justiça.

Atenta a já referida jurisdicionalização do procedimento do MDE, a jurisprudência passou a interpretar a alínea “g, do nº 1 do art. 12º no sentido de que, ao estabelecer a competência do Tribunal da Relação para o processo judicial de execução do mandado de detenção europeu⁴⁵, também a este deferiu a competência para comprometer (ou não) o Estado na execução da sentença em Portugal⁴⁶.

⁴⁵ Lei 65/2003, artigo 15º.

⁴⁶ “A recusa do MDE, nos termos da citada al. g), só pode legitimar-se na vontade clara e prontamente expressa pelo Estado Português em ele próprio, promover a execução da pena (ou medida de segurança). Se o tribunal português recusa a execução do MDE tem de imediatamente ordenar o cumprimento da pena”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P4352. Nº Convencional:

Neste diapasão, a orientação do Supremo Tribunal caminhou para o entendimento de que não existe qualquer outra entidade e nem há concorrência de competências de outras entidades do Estado que realize intervenção prévia, condicionante ou acessória. A lei que transpôs o regime jurídico do MDE para o ordenamento português é clara e precisa ao cometer a competência para a execução do procedimento ao Tribunal da Relação, tendo a referida lei fixado a natureza deste procedimento como inteiramente jurisdicional⁴⁷.

Portanto é o Tribunal da Relação da área do domicílio do procurado ou de onde este se encontrava à data da emissão do MDE o competente para a execução do mandado, e, se entender que presente está a causa de recusa de execução referida, deve, na mesma sentença⁴⁸ que

JSTJ000. Relator: Maia Costa. Nº do Documento: SJ200611230043525. Data do Acórdão: 23-11-2006. Neste sentido: “V - Nestes casos de recusa de execução do MDE, o Tribunal da Relação é a entidade do Estado Português que tem de assegurar, perante a entidade emissora (como corresponsável da não entrega do condenado), o cumprimento da pena em Portugal”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 117/12.9YREVR.S1. Nº Convencional: 5ª Secção. Relator: Souto de Moura. Data do Acórdão: 29-11-2012. E, ainda: “*in casu*, o Tribunal da Relação ao suspender a entrega do requerente tendo em vista a execução da pena em Portugal já assumiu, ao menos de forma implícita, o compromisso previsto na al. g) do n.º 1 do art. 12.º da Lei 65/03, de 23-08, ou seja, o de executar a pena na qual aquele foi condenado”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 250/07. 3ª Secção. Relator: Oliveira Mendes. Data do Acórdão: 21-02-2007.

⁴⁷ “XX - A competência para decidir se está verificada uma causa de recusa de execução pertence ao tribunal, uma vez que o regime do mandado detenção europeu está inteiramente jurisdicionalizado, não estando prevista qualquer intervenção ou competência prévia, condicionante ou acessória de qualquer outra entidade XXI - Por isso, no caso da al. g) do n.º 1 do art. 12.º da Lei 65/2003, de 23-08, o tribunal é o órgão do Estado competente para determinar a execução da pena em Portugal como condição de recusa facultativa de execução; a competência no regime do mandado cabe aos órgãos que forem competentes segundo a lei interna, e a lei sobre a execução do mandado fixou a natureza inteiramente jurisdicional do respectivo regime, sem a concorrência de competências de outras entidades do Estado”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 134/09, de 10-09-2009. Neste sentido: Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10.3YREVR.S1. 5ª Secção. Relator: Isabel Pais Martins. Data do Acórdão: 27-05-2010.

⁴⁸ 3 - O “compromisso” de Portugal como Estado da execução está, assim, contido na própria decisão que recusar a execução do mandado com fundamento na alínea g) do n.º 1 do artigo 12.º da Lei nº 65/2003, de 23 de agosto, e

exerce esta faculdade, comprometer o Estado Português a executar a pena⁴⁹, se for o caso.

Este entendimento restou plasmado expressamente na Lei 65/2003, com a alteração operada pela Lei 35/2015, que acrescentou o n.º 3 ao art. 12.º, determinando que a recusa depende de decisão do tribunal da relação, no processo de execução do mandado de detenção europeu, a requerimento do Ministério Público, que declare a sentença exequível em Portugal, confirmando a pena aplicada⁵⁰.

que, por ter recusado a execução, determine, como deve determinar, o cumprimento (a “execução”) da pena de acordo com a lei portuguesa. Tribunal da Relação de Évora. Processo: 134/09.6YREVR. Relator: Martinho Cardoso. Data do Acórdão: 25-02-2010. Neste sentido: “Compete, pois, ao Estado Português (...) formular a recusa de entrega, comprometendo-se ao mesmo tempo a dar execução no território nacional à pena ou medida de segurança que são objecto do mandado de detenção europeu”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5.ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013. E ainda: “XXIII - No fundo de reserva de soberania, a al. g) do n.º 1 do referido art. 12.º, concede ao Estado da execução a faculdade de recusar a execução no caso de mandado para cumprimento de uma pena, desde que, face à ligação da pessoa procurada, sendo seu nacional, este Estado se comprometa a executar a pena”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10.3YREVR.S2. 3.ª Secção. Relator: Pires da Graça. Data do Acórdão: 13-04-2011.

⁴⁹ Como é bom de ver, emitido que seja pelo Estado um mandado de detenção e enviado o mesmo ao Estado da execução, uma de duas situações se lhe colocam: ou executa o mandado e vem a deter e a enviar ao Estado emitente a pessoa detida para aí cumprir a pena de prisão imposta por sentença; ou recusa a sua execução e tem de promover, de pronto, o cumprimento da pena por um tribunal competente para o efeito. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora n.º 27/12.OYREVR. de 20-03-2012. Neste sentido: “Se o tribunal português recusa a execução do MDE tem de imediatamente ordenar o cumprimento da pena pelo tribunal competente para o efeito”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P4352. N.º Convencional: JSTJ000 Relator: Maia Costa. N.º do Documento: SJ200611230043525. Data do Acórdão: 23-11-2006. Exemplo: “Recusar a entrega do requerido pelo mandado de detenção europeu emitido pelo Tribunal de Aplicação dos Castigos de Metz para cumprimento do remanescente da pena aplicada (MDE com a referência n.º 200600146511), mas garantir que o Estado português se compromete a fazer cumprir essa pena em Portugal”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 325/09.0TRPRT.S1. 5.ª Secção. Relator: Santos Carvalho. Data do Acórdão: 11-26-2009.

⁵⁰ “No que respeita à recusa de execução de um MDE, baseado na causa facultativa prevista no artigo 12.º, n.º 1, alínea g) e n.º 3 e 4, da Lei n.º 65/2003, (alterada pela Lei n.º 35/2015, de 04/05), encontrando-se reunidas as respectivas

Ademais, havia a dúvida se, antes mesmo de se proceder à análise dos requisitos da causa de recusa de cumprimento do MDE, deveriam os Tribunais, como condição prévia, fazer a sentença estrangeira passar⁵¹ ou não⁵²

condições, como seja o arguido, encontrar-se em território nacional, ter nacionalidade portuguesa, residir em Portugal, sendo que o MDE foi emitido para cumprimento de uma pena de prisão e o Estado Português se compromete a executá-la, de acordo com a lei portuguesa, aqui se reconhecendo a sentença bem como a pena aplicada no Estado emissor nos termos do artº 4º da Decisão Quadro 2008/909/JAI do Conselho de 27 de Novembro (Lei n.º 158/2015, de 17 de setembro que aprovou o regime jurídico da transmissão e execução de sentenças em matéria penal que imponham penas de prisão ou outras medidas privativas da liberdade, para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia, bem como o regime jurídico da transmissão e execução de sentenças e de decisões relativas à liberdade condicional para efeitos da fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas, transpondo as Decisões-Quadro 2008/909/JAI, do Conselho, e 2008/947/JAI, do Conselho, ambas de 27 de novembro de 2008), deverá considerar-se, que a mesma é exequível em Portugal nos termos dos artigos 12.º n.º 1 al. g) e n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 65/2003, e artigos 13º n.º 1 e 2 e 26.º, alínea a), da Lei n.º 158/2015, por observar todos os requisitos legais para o efeito, devendo o arguido cumprir a pena de prisão no estado de execução”. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo: 1711/16. Relator: Filipa Costa Lourenço. Data do Acórdão: 15-12-2016.

⁵¹ “XIII - Só pelo mecanismo de revisão e confirmação de sentença estrangeira é possível o compromisso de execução, nos termos dos arts. 95.º a 103.º da Lei 144/99, de 31-08 - cf. Ac. da Relação Coimbra de 07-02-2007, CJ, Ano XXXII, tomo 1, pág. 55”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 07P4856. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Armindo Monteiro. Nº do Documento: SJ20080109048563. Data do Acórdão: 09-01-2008.

⁵² “Uma sentença comunitária não é uma “sentença estrangeira” para os efeitos do incidente previsto nos artigos 234.o a 240.o do Código de Processo Penal e 1.098.o do Código de Processo Civil.2 – No caso de transferência de condenado por sentença comunitária para cumprimento de pena em Portugal de cidadão residente em Portugal, não há que fazer uso do incidente de “revisão e confirmação de sentença estrangeira”, sim de utilizar o “processo de transmissão de sentença e da certidão”, conforme resulta da letra da Decisão-Quadro no 2008/909/JAI, de 27-11-2008, designadamente do seu artigo 4.o, n.o 5, não se exigindo um qualquer e específico procedimento, mas sim o de um mero incidente a conhecer em conferência. Não obstante tal Decisão-Quadro não se encontrar transposta para a ordem jurídica interna, uma interpretação “comunitariamente orientada”, na sequência da jurisprudência estabelecida pelo acórdão Pupino do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Processo C-105/03, de 16-06-2005), cria para as autoridades nacionais uma obrigação de interpretação conforme do direito nacional, determinando que, ao aplicar o direito interno, o órgão judicial encarregue da sua interpretação é obrigado a fazê-lo, tanto quanto possível, à luz do texto e das finalidades da

pelo mecanismo de revisão e confirmação⁵³, procedimento previsto na Lei 14/99 e no Código de Processo Penal português, como requisito para que a sentença do Estado de Emissão fosse executável. Esta questão foi definitivamente resolvida com a inclusão do nº 4 ao art. 12º, determinando que a decisão que declara exequível a sentença é incluída na decisão de recusa de execução, sendo-lhe aplicável, com as devidas adaptações, o regime relativo à revisão e confirmação de sentenças condenatórias estrangeiras.

Caminhou em sentido correto a jurisprudência ao assentar que este compromisso é unilateral⁵⁴, ou seja, o Estado-membro de execução, no exercício desta recusa facultativa de execução do MDE, não necessita de consentimento, concordância ou mesmo comunicação prévia ao Estado-membro de Emissão, senão a comunicação mesma da decisão do Tribunal pela recusa da entrega da pessoa procurada e o compromisso de que irá executar a pena imposta⁵⁵.

Observe-se que o fato de a decisão ser ato unilateral e potestativo não retira do Estado-membro de execução a sua responsabilidade

decisão-quadro, a fim de atingir o objectivo visado por esta última”. Tribunal da Relação de Évora. Relator: João Gomes de Sousa. Processo de Revisão de Sentença ESTRANGEIRA nº 105/11.2YREVR.E1. Data do Acórdão: 20-09-2011.

⁵³ “XIII - Só pelo mecanismo de revisão e confirmação de sentença estrangeira é possível o compromisso de execução, nos termos dos arts. 95.º a 103.º da Lei 144/99, de 31-08 - cf. Ac. da Relação Coimbra de 07-02-2007, CJ, Ano XXXII, tomo 1, pág. 55”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 07P4856. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Armindo Monteiro. Nº do Documento: SJ20080109048563. Data do Acórdão: 09-01-2008.

⁵⁴ “O único compromisso é unilateral e dir-se-á potestativo, e consiste na execução da pena aplicada em lugar da entrega da pessoa procurada”. Tribunal da Relação de Évora. Processo: 955/07-1. Relator: Antonio Pires Robalo. Data do Acórdão: 15-05-2007.

⁵⁵ “Não existe qualquer bilateralidade nesta posição. A recusa tem na sua própria lógica semântica uma ideia de não aceitação unilateral. Apenas se exige que o Estado Português se comprometa, nesse caso, a dar ele próprio execução ao fim que determinou a emissão do mandado. Mas, como se assinala no acórdão deste Tribunal atrás referido, de 27-04-2006, mesmo este compromisso é unilateral, não dependendo de qualquer posição compromissória prévia que envolva ambos os Estados (o emitente e o de execução), consistindo apenas na execução da pena ou medida de segurança aplicadas, em vez da entrega da pessoa procurada, decidida somente pelo Estado de execução, no exercício da referida faculdade”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

comunitária na construção do espaço de justiça, liberdade e segurança, concretizando esta responsabilidade justamente neste compromisso de executar a pena, impedindo a impunidade do agente já condenado⁵⁶, como forma de conjugação do binômio espaço único e soberania estadual⁵⁷, salvaguardando a ideia de cooperação judiciária penal no âmbito da União.

Também se chegou a questionar se, para a correta aplicação da recusa em estudo, seria necessário não apenas o compromisso do Estado Português em executar a sentença do Estado de emissão, mas que este efetivamente prestasse previamente o compromisso de reconhecer o cumprimento da pena em Portugal para fins de extinção da responsabilidade penal⁵⁸.

⁵⁶ “XXIV - A decisão é, assim, deixada inteiramente ao critério do Estado da execução, que satisfará as suas vinculações europeias executando a pena aplicada a um seu nacional ou a pessoa que tenha residência nesse Estado, em lugar de dar execução ao mandado entregando a pessoa procurada ao Estado da emissão para execução da pena nesse Estado”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10. Relator: Pires da Graça. Data do Acórdão: 13-04-2011. Neste sentido: Tribunal da Relação de Évora. Processo: 955/07-1. Relator: Antonio Pires Robalo. Data do Acórdão: 15-05-2007.

⁵⁷ “No caso do art. 12.º, a recusa é facultativa (dupla incriminação fora dos casos do catálogo constante do art. 2.º, n.º 2, competência para o procedimento do Estado português, nacionalidade portuguesa da pessoa procurada ou encontrar-se esta em território nacional ou tiver neste a sua residência), tendo mais a ver com um princípio da soberania penal, relevando de «compromissos assumidos no âmbito da União e dos consensos possíveis na conjugação do binómio espaço único e soberania estadual», no dizer do primeiro dos acórdãos citados. (...) uma ideia de cooperação, traduzida a dois níveis: no reconhecimento colaborante da reserva de soberania do Estado de execução e no compromisso assumido, ainda que unilateralmente, de este executar a pena ou medida de segurança imposta pelo Estado emitente”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

⁵⁸ Daí que, uma vez que os presentes autos baixem ao Tribunal da Relação de Évora, deverá proceder-se, antes do mais, à notificação da autoridade judiciária de emissão, nos termos do art. 28.º da Lei 65/2003 de 23 de agosto. Providenciar-se-á ainda pela obtenção urgente, junto da autoridade de emissão, dos elementos sem os quais se não poderá iniciar o cumprimento da pena. O que incluirá a certidão da sentença condenatória com nota de trânsito em julgado, a indicação do tempo de cumprimento de pena ou prisão preventiva sofridos à ordem do processo, nos termos do art. 99.º n.º 2 da Lei 144/99 de 31 de agosto, e ainda a declaração de que uma vez cumprida a pena em Portugal, a Autoridade Judiciária romena considerará extinta a responsabilidade penal do condenado, garantia a pedir ao abrigo do art. 96.º, n.º 1, al. h), da Lei 144/99, de 31 de agosto. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 117/12.9YREVR.S1. 5ª Secção. Relator: Souto de Moura. Data do Acórdão: 29-11-2012.

Prevalece o posicionamento de ser desnecessário o compromisso do Estado-membro de emissão, seja para a análise dos requisitos que fundamentam a causa de recusa de execução do MDE, seja para, após a verificação da presença dos elementos da causa de não execução, dar início ao cumprimento da pena em Portugal, nos termos da lei portuguesa, de forma acertada, uma vez que o reconhecimento da execução e a consequente extinção da responsabilidade criminal do agente se encontram insertos na ideia de reciprocidade e confiança nas relações comunitárias, com fundamento na confiança recíproca surgida de um sentimento de pertença a este conceito civilizacional europeu⁵⁹, reinando uma presunção de que o Estado-membro de emissão acatou previamente a decisão de que a condenação da pessoa procurada vai ser cumprida satisfatoriamente, embora nos termos da lei do Estado da execução⁶⁰.

⁵⁹ ROSA PAIS, Ana Isabel. A Ausência de Controlo da Dupla Incriminação no Âmbito da Decisão-quadro Relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de Maio de 2007. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Stvdia Iuridica 98 Ad Honorem – 5. 2009. p. 811.

⁶⁰ “O compromisso que tem de existir é apenas do Estado Português, como Estado da execução, no sentido de fazer executar a pena aplicada pelo Estado da emissão. Não há que obter qualquer garantia prévia por parte deste último no sentido de que considerará extinta a responsabilidade criminal com o cumprimento da pena no Estado Português (...) a cooperação judiciária internacional em matéria penal, pressupõe a confiança mútua entre os Estados da União, o respeito, na base da igualdade, pelos respectivos sistemas jurídicos e pelas decisões tomadas no âmbito da específica cooperação judiciária entre os Estados-membros. De resto, nesse reconhecimento mútuo, vai implicado o respeito dos diversos Estados da União pela afirmação, ainda que limitada a um mínimo, do princípio de soberania nacional de que o art. 12.º é expressão, traduzido nomeadamente na recusa da entrega da pessoa procurada por razões que têm a ver com a ligação dessa pessoa ao território do Estado da execução. Tal respeito, reciprocidade e confiança incutem, por seu turno, no Estado da emissão, o pleno acatamento da decisão de não entrega, com o pré-assumido recuo da sua soberania, sabendo que a sua decisão de condenação da pessoa procurada vai ser cumprida satisfatoriamente, embora nos termos da lei do Estado da execução. Para tanto basta a notificação da decisão de não entrega por parte deste Estado, prevista no art. 28.º da Lei n.º 65/2003, com a solicitação dirigida ao Estado da emissão no sentido de enviar os elementos necessários à execução da pena aplicada à pessoa procurada e no sentido de considerar extinta toda a responsabilidade criminal relativamente àquela pessoa, pelo facto que deu origem à condenação”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

⁶¹ Interessante salientar que, não obstante difira substancialmente do regimento do MDE, neste ponto, o Mandado Mercosul de Captura também prevê

Ressalte-se que há críticas ao MDE em razão de não existir um “mandado de entrega” genuinamente europeu, por não ser este emitido por uma autoridade judiciária “europeia”, pelo simples fato de não haver, verdadeiramente, um sistema penal comunitário no atual estado de desenvolvimento da União Europeia⁶². Aliás, em alguns países, como a Itália, por exemplo, há possibilidade de o mandado ser emitido não por um magistrado, mas pelo membro do Ministério Público⁶³. Em outros, a legislação atribui a execução a órgãos com atribuições conflitantes, como é o caso da Croácia, cuja Procuradoria do Estado se encontra numa posição difícil entre o dever de proteger a Constituição e as leis croatas e o dever secundário de proteger os interesses do Estado emissor⁶⁴. É neste sentido que se parece necessária uma maior harmonização entre os ordenamentos jurídicos ou, ainda, a aprovação de um Código Penal Europeu mínimo⁶⁵.

Por outro lado, há se analisar se a decantada simplificação dos procedimentos de detenção e entrega da pessoa procurada não se dá às custas de sacrifício de princípios jurídicos nacionais preexistentes que eram assegurados pela natureza protetora da extradição⁶⁶.

que, na hipótese de recusa facultativa de cumprimento em razão de nacionalidade do procurado por ausência de reciprocidade, a Parte que denegar a entrega deverá, a pedido da Parte emissora, julgar a pessoa reclamada e manter a outra Parte informada acerca do julgamento (art. 4º, nº 1, a do MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 48/10).

⁶² CARINI, Camillo. L'Introduzione del Mandato d'Arresto Europeo in Italia e la Tutela dei Diritti Individuali: a Proposito delle Disposizioni Intriduttive della Legge Italiana di Attuazione della Decisione Quadro 2002/584/GAI. *Dereito*, v. 18, n. 1: 2009. p. 35.

⁶³ Art. 28, 1. “b”, da Lei de 22 de abril de 2005, n. 69, conforme CARINI, Camillo. L'Introduzione del Mandato d'Arresto Europeo in Italia e la Tutela dei Diritti Individuali: a Proposito delle Disposizioni Intriduttive della Legge Italiana di Attuazione della Decisione Quadro 2002/584/GAI. *Dereito*, v. 18, n. 1: p. 33-85, 2009.

⁶⁴ SOKOL., Tomislav. Implementation of European Arrest Warrant in Croatia: A Risk for the Functioning of Judicial Cooperation in Criminal Matters in the EU? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 23, 2015. p. 280. 10.1163/15718174-23032071.

⁶⁵ FREISS, Kintxo. Les Incertitudes Relatives au Mandat d'Arrêt Européen à la Lumière de l'Affaire Aurore Martin. *Revue québécoise de droit international*, n. 28.1, 2015. p. 65.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 57.

As disposições da DQ2002/584 e as leis nacionais de transposição revelaram a existência de muitas lacunas graves que podem ampliar ao invés de eliminar as potenciais controvérsias, especialmente em relação à nacionalidade⁶⁷. Ademais, alguns Estados membros não puderam fazer reservas e recusas no momento da adoção da DQ2002/584 por ter tardiamente a ela aderido, o que gerou desigualdade de tratamento e, conseqüentemente, problemas estruturais e conflitos na aplicação do instituto⁶⁸.

4. ADAPTAÇÃO DA PENA À LEI PORTUGUESA

Ultrapassadas as questões anteriores, quais sejam, a de que o Tribunal da Relação do domicílio do procurado ou do último lugar onde o mesmo foi encontrado é o órgão do Estado português com a competência firmada pela Lei 65/2003 para analisar os elementos objetivos e teleológicos da causa de recusa, e, ao exercê-la, também é o competente para comprometer Portugal na execução da pena fixada pelo Estado-membro de emissão, na mesma decisão, sem necessidade do procedimento de revisão e confirmação da sentença estrangeira, bastando para tal a transmissão da sentença e da certidão, nos termos da Decisão-quadro 2008/909/JAI; passa-se à questão de saber de que forma se dá a adaptação da pena exarada no estrangeiro à lei portuguesa.

A parte final do comando escrito na alínea g do número 1 do art. 12º da Lei 65/2003, prevê que o Estado Português, em caso de recusar a entrega do nacional ou do residente que se encontre em seu território, tem o poder de, ao firmar o compromisso de execução da pena, fazê-la cumprir de acordo com a lei portuguesa. Esclarecendo que, ao explicitar que pretende realizar o cumprimento da pena através de seus órgãos

⁶⁷ DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna; BLEKXTOON, Rob. The Decline of the Nationality Exception in European Extradition? The Impact of the Regulation of (Non-)Surrender of Nationals and Dual Criminality under the European Arrest Warrant. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 13/3. p. 361.

⁶⁸ SOKOL., Tomislav. Implementation of European Arrest Warrant in Croatia: A Risk for the Functioning of Judicial Cooperation in Criminal Matters in the EU? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 23, 2015. p. 279-280.

jurisdicionais internos ao invés de entregar o procurado, Portugal pode (e deve) realizar este cumprimento com a estrita observância das leis portuguesas aplicáveis à hipótese.

Não poderia ser diferente, em respeito aos princípios constitucionais que regem o Estado Português, em face dos direitos do próprio condenado, que tem assegurados seu *status* de proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, nomeadamente em razão da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, refere a jurisprudência que esta adaptação da pena estrangeira às disposições legislativas pátrias (*latu sensu* – constitucionais, infralegais etc.) faz alusão a uma reserva de soberania⁶⁹ do Estado-membro de execução.

Entretanto, deve-se ter em mente que a regra geral é a imutabilidade da sentença proferida no Estado-membro de emissão⁷⁰, como forma de solidificação do almejado espaço de livre circulação das sentenças

⁶⁹ “O Estado da execução deve aceitar a condenação nos seus precisos termos, mas tem o direito de executar a pena ou a medida de segurança de acordo com a lei nacional. É uma reserva de soberania quanto à execução. É isso e apenas isso que estabelece a parte final do preceito”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 325/09.0TRPRT.S1. 5ª Secção. Relator: Santos Carvalho. Data do Acórdão: 11/26/2009. Neste sentido: “as relações entre os Estados que actualmente são membros da União Europeia, alicerçando se tais relações, actualmente e, desde logo no plano judiciário, numa base de confiança e de cooperação, com cedências mínimas e indispensáveis ao princípio da soberania dos Estados. Uma dessas cedências é a que está corporizada na assinalada alínea g) do art. 12.º da Lei n.º 65/2003, da qual não está ausente, de todo, uma ideia de cooperação”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

⁷⁰ “O Estado da execução fica vinculado pela natureza jurídica e pela duração da sanção, tal como resultam da condenação”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT.S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça. Neste sentido: “o MDE, enquanto instrumento de cooperação judiciária entre autoridades judiciárias dos Estados membros da União Europeia, que visa a detenção e entrega por um Estado membro de uma pessoa procurada por outro Estado membro, que emite o mandado, para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade, tem por base o princípio do reconhecimento mútuo, o mesmo é dizer, a decisão judicial tomada por uma autoridade judiciária de um Estado membro com base nas suas leis internas é reconhecida e executada pela autoridade judiciária do outro Estado membro, impondo-se a condenação nos precisos termos em que foi proferida”. Tribunal da Relação de Guimarães. Processo: 26/11.9YRGMR. Relator: Luísa Arantes.

penais e do reconhecimento mútuo, ou seja, o reconhecimento de que as decisões proferidas por uma autoridade judiciária de um Estado-membro da União Europeia tenha efeito pleno e direto dentro do espaço único europeu de justiça, segurança e liberdade⁷¹, por estarem fundadas numa ambiência de princípios comuns, onde os direitos fundamentais ocupam posição de centralidade⁷².

O princípio do reconhecimento mútuo exigiria a confiança mútua entre os Estados e se funda em três importantes condições: (i) certeza da existência de princípios fundamentais comuns; (ii) confiança recíproca na implementação destes valores fundamentais comuns; e (iii) confiança no judiciário e nos operadores da justiça dos outros Estados membros⁷³.

Em casos específicos, contudo, Portugal, enquanto Estado de execução, tem a competência para alterar a pena imposta, dentro de determinados limites e com a obediência de certos critérios. Essa alteração da sanção imposta pela sentença do Estado-membro de emissão pode se relacionar basicamente com a duração da pena, ou com a natureza da condenação, nos casos em que uma e/ou outra sejam incompatíveis⁷⁴ com a legislação interna de Portugal, é o que prevê expressamente o artigo 8º, números 2 e 3, da Decisão-quadro 2008/909.

Relativamente à incompatibilidade sob o viés temporal da punição, prescreve a DQ2008/909 que a adaptação pode se dar se a pena concretamente aplicada exceder a duração máxima da pena prevista na

⁷¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção europeu – Na via a Construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 13, n. 1, 2003. p. 29.

⁷² JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018. p. 443.

⁷³ BADINTER, Robert. *Allocution*, Conférence du 22 juin 2006 à la Cour de cassation, 22 juin 2006. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/22-06-2006/2-06-06_intervention_badinter.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁷⁴ “Apenas quando a natureza ou a duração desta sanção forem incompatíveis com a legislação do Estado da execução, ou se a legislação desse Estado o exigir, o Estado da execução pode, com base em decisão judicial ou administrativa, adaptá-la à pena ou medida previstas na sua própria lei para infrações da mesma natureza.” Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT. S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça.

legislação portuguesa para crimes que guardem semelhança com aquele pelo qual foi condenado o procurado.

Entretanto o entendimento jurisprudencial que tem prevalecido é o de que não se deve procurar o *quantum* máximo entre os “crimes de mesma natureza”, mas, sim o *quantum* máximo permitido pela legislação portuguesa. Exemplificando: se o indivíduo é condenado no Estado de Emissão do MDE por burla, não se deve verificar se a duração da pena fixada no caso concreto pelo Estado de emissão está dentro da moldura penal atribuída ao crime tipificado no art. 217º do Código Penal (CP) ou de mesma natureza (aqueles constantes no capítulo dos crimes contra o patrimônio) na legislação portuguesa, mas sim se a pena aplicada ao caso concreto não extrapola o máximo legal permitido no ordenamento português, aquele estabelecido do art. 41º, n.ºs 1 e 2, do CP⁷⁵.

Outrossim, o STJ português já entendeu que está dentro do leque de competência de seus Tribunais a análise da existência de *cúmulo jurídico* das penas concretamente aplicadas na sentença condenatória imposta ao procurado, uma vez que a inexistência de tal instituto penal

⁷⁵ No caso de Portugal, apenas decisão Judicial. “Por “máximo legal admissível” entende-se os limites máximos legais da pena de prisão consagrados nos n.ºs 1 e 2, do art. 41.º do CP, pois só em relação a estes limites gerais e abstratos faz sentido convocar o princípio constitucional da duração limitada das penas previsto no art. 30.º, n.º 1, da CRP”. E não a “pena máxima da moldura penal do crime concretamente em apreciação, ou a aplicação de regimes especiais previstos na ordem jurídica portuguesa”, porque senão tal entendimento “comportaria uma distorção inadmissível do sistema, com base em especificidades do ordenamento jurídico-penal português” sob pena de “menosprezar-se ostensivamente a cooperação internacional acordada”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT.S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça. Neste sentido: “Se na sentença estrangeira a rever o arguido foi condenado na pena de 15 anos de prisão pela prática de um crime para o qual a lei portuguesa prevê pena de prisão com o máximo de 10 anos, não há que operar qualquer redução da pena, à luz do n.º 3 do art. 237º do Código de Processo Penal, visto que aquela pena de 15 anos de prisão não excede o limite máximo geral previsto no n.º 1 do art. 41º do Código Penal Português”. Tribunal da Relação do Porto, de 30-01-2008.

⁷⁶ Regra semelhante encontra-se nas disposições sobre o Mandado Mercosul de Captura, especificamente a hipótese de o crime ser punível na Parte emissora com a pena de morte ou de prisão perpétua, o cumprimento do MMC só será admitido se a Parte emissora se comprometer a aplicar a pena máxima admitida na legislação da Parte executora.

no ordenamento do Estado-membro de emissão ou, pelo menos, sua não aplicação ao caso específico, malferir a ordem pública do estado Português⁷⁷.

A segunda hipótese de adaptação se refere à natureza da pena imposta, caso esta se revele incompatível com os normativos nacionais portugueses⁷⁸. Ressalte-se que, inexistindo a modalidade de pena imposta no ordenamento jurídico português, queda-se constitucionalmente vedado (e não meramente incompatível) o cumprimento da pena, haja vista que o intérprete não pode criar nova modalidade de sanção, segundo o princípio da *nulla poena sine praevia lege*.

Por outro lado, a jurisprudência já decidiu que, mesmo havendo previsão geral daquela espécie de pena no ordenamento nacional, se esta não estiver taxativamente prevista no rol legal de sanções que podem ser impostas ao tipo penal a que foi condenado o procurado, também não pode ser executada a pena pelo Estado Português⁷⁹.

Ressalte-se, ainda, com base no imprescindível respeito à decisão judicial condenatória prolatada no Estado-membro de emissão, a punição executada por Portugal deve corresponder tão exatamente quanto for possível à punição imposta pela sentença, seja na duração, seja na natureza, daí decorrendo que a condenação não pode ser convertida em sanção pecuniária, inclusive por expressa vedação constante

⁷⁷ “A inexistência de cúmulo jurídico colide com o ordenamento jurídico-penal português, neste aspecto se revelando incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT.S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça.

⁷⁸ “Quanto à sua natureza, esta pena ou medida corresponderá, tanto quanto possível, à imposta pela condenação a executar”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT.S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça.

⁷⁹ “Apenas se suscita um problema quanto à imposição da pena acessória de inabilitação para o direito de sufrágio pelo tempo da condenação, pena acessória aplicada à arguida e que não está prevista no ordenamento penal português para o tipo penal em presença e que não pode ser substituída por sanção pecuniária. Tal pena, no entanto, está prevista no ordenamento penal português para a prática de crimes do processo eleitoral (...) considerando o princípio da legalidade das penas e a previsão restritiva desta pena aos ilícitos eleitorais, que se não estende aos crimes restantes, designadamente o de tráfico de estupefacientes, há que concluir que a execução de tal pena não pode ser transposta para a nossa ordem jurídica. Tribunal da Relação de Évora. Processo: 105/11.2YREVR.E1.

na DQ2008/909⁸⁰, ou mesmo a impossibilidade de apreciar a suspensão da punição, sob pena de se imiscuir no conteúdo da decisão judiciária de outro Estado-membro⁸¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou analisar a causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu (MDE) com fundamento na nacionalidade, na residência ou na permanência do procurado em território português, analisando os requisitos, competência, além da problemática da execução da sentença estrangeira e sua adaptação ao sistema jurídico nacional.

Quanto aos requisitos objetivos, verificou-se que a nacionalidade portuguesa deve ser aferida na forma da legislação interna e no momento da decisão a ser tomada em relação ao MDE, independentemente de o agente à época do crime não a possuir; que o procurado deve se encontrar em território português, inclusive insular, conforme disposto na Constituição portuguesa e, ainda, no âmbito dos navios e aeronaves portuguesas.; que a residência em Portugal é comprovada sem maiores formalismos, sem exigência administrativa suplementar ou uma ligação ao território nacional de ordem e intensidade extremas, mas, sim, laços com o Estado em grau semelhante aos que resultam da residência.

Portanto, a recusa de execução do MDE e o consequente cumprimento da pena em Portugal deve ser analisada do ponto de vista das vantagens eventualmente trazidas, na perspectiva de reinserção social, convívio familiar salutar, circunstâncias de vida que favoreçam o distanciamento da delinquência e a estabilização da vida em sociedade do procurado.

Relativamente à facultatividade da recusa, verificou-se que não se trata de um exercício discricionário ou arbitrário, devendo ser avaliada

⁸⁰ Art. 8º, número 3.

⁸¹ “Assim sendo, este Tribunal da Relação tem de reconhecer e executar a sentença proferida pela autoridade judiciária espanhola, não podendo debruçar-se sobre o seu teor e decidir da suspensão da pena de prisão aplicada. Improcede, assim esta pretensão do arguido”. Tribunal da Relação de Guimarães. Processo: 26/11.9YRGMR. Relator: Luísa Arantes.

segundo critérios e vinculações normativos, em especial por duas razões: uma, pela relação existente entre o Estado Português e o Estado-membro de emissão, no âmbito da confiança comunitária, no compromisso de combater o fenómeno criminal transnacional; e duas, a relação entre a pessoa procurada e o Estado Português que, assente nos direitos, liberdade e garantias, faz jus a uma decisão fundamentada do magistrado.

Ao recusar o cumprimento do mandado de entrega, o Estado Português deve se comprometer a executar a pena ou medida de segurança aplicada pelo Estado-membro de emissão, sendo competente o Tribunal da Relação da área do domicílio do procurado ou de onde este se encontrava à data da emissão do MDE, desde que declare a sentença exequível em Portugal, confirmando a pena aplicada. Não se trata de formal revisão e confirmação de sentença estrangeira, mas de processo simplificado, cuja sentença é incluída na decisão de recusa de execução.

O compromisso de execução da pena ou medida de segurança é unilateral, não necessita de consentimento, concordância ou mesmo comunicação prévia ao Estado-membro de Emissão, salvo a da decisão do Tribunal pela recusa da entrega da pessoa procurada e o compromisso de que executará a pena imposta. Ademais, não é necessário solicitar o reconhecimento da execução e a consequente extinção da responsabilidade criminal. Ambas as ideias são fundamentadas na reciprocidade e confiança nas relações comunitárias.

O Estado Português é também competente para a adaptação da pena exarada no Estado emissor para a estrita observância das leis portuguesas, sendo assegurado ao procurado seu *status* de proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. A reserva de soberania do Estado-membro de execução diante de aparente conflito com a imutabilidade da sentença proferida no Estado-membro de emissão permite alterar a pena com relação à duração ou à natureza, em casos específicos e excepcionais quando (i) houver incompatibilidade com a legislação interna de Portugal; (ii) exceder a duração máxima prevista no ordenamento português; (iii) a pena concretamente aplicada na sentença condenatória inexistir no sistema; ou (iv) a pena concretamente aplicada na sentença condenatória não for cominada àquela espécie de crime.

Por outro lado, em razão de a punição executada por Portugal dever corresponder tão exatamente quanto for possível à punição imposta

pela sentença no Estado emissor, decorre que a condenação não pode ser convertida em sanção pecuniária ou haver suspensão da execução.

Trata-se de uma pesquisa explicativa, com abordagem qualitativa, através de revisão bibliográfica e análise documental. Foram coletados e analisados dados legislativos, como a Lei nº 65/2003, de 23 de agosto, a Lei nº 35/2015, de 4 de maio, as Decisões-Quadro relativas à temática e a jurisprudência dos Tribunais portugueses e do Tribunal de Justiça da União Europeia, além de livros e artigos científicos que tratam da matéria.

Saliente-se a importância do estudo do Mandado de Detenção Europeu, em todos os seus aspectos, pela inovação que trouxe, na esteira do instituto da entrega do Tribunal Penal Internacional, como decisão judiciária do Estado-membro de emissão com vista à detenção e entrega para outro Estado-membro de execução de uma pessoa procurada para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade, como decorrência do princípio do reconhecimento mútuo, convertido em pedra angular da cooperação judiciária, caracterizando-se como o primeiro instrumento jurídico que concretiza o citado princípio no domínio do direito penal, conferindo efeito pleno e direto dentro do espaço único europeu de justiça, segurança e liberdade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR-BRANCO, José Pedro. *Liberdade de circulação e circulação de liberdade – Inclusão, diversidade e criminalidade na União Europeia*. Disponível em: <<https://infoeuropa.euocid.pt/files/database/000021001-000022000/000021543.pdf>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2019.

ALEGRE, Susie; LEAF, Marisa. Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study - the European Arrest Warrant. *European Law Journal*, v. 10, n. 2, p. 200-217, mar. 2004.

CABRAL, Pedro. In Bitter Sweet Symphony: Em torno da validade da Decisão-quadro 2002/584/JAI relativa ao mandado de detenção europeu. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, p. 245-265, ano 69. 2009.

CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin. 2006, p. 439-453.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARINI, Camillo. L'Introduzione del Mandato d'Arresto Europeo in Italia e la Tutela dei Diritti Individuali: a Proposito delle Disposizioni Intraduttive della Legge Italiana di Attuazione della Decisione Quadro 2002/584/GAI. *Dereito*, v. 18, n. 1, p. 33-85, 2009.

DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna; BLEKXTOON, Rob. The Decline of the Nationality Exception in European Extradition? The Impact of the Regulation of (Non-) Surrender of Nationals and Dual Criminality under the European Arrest Warrant. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 13/3, p. 317-363, 2005.

FREISS, Kintxo. Les Incertitudes Relatives au Mandat d'Arrêt Européen à la Lumière de l'Affaire Aurore Martin. *Revue québécoise de droit international*, n. 28.1, 2015.

GARCÍA-MALTRÁS, Elsa. Judicial cooperation in criminal matters and fight against terrorism: the Council Framework Decisions on combating terrorism and the European Arrest Warrant. *Revista do Centro de Informação Europeia Jacques Delors*, Lisboa, n. 16/17, p. 155-163, dez./jun. 2005.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 435-472, jan./abr. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.114>

MANCANO, Leandro. The right to liberty in European Union law and mutual recognition in criminal matters. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 18, p. 215-238, 2016. <http://doi.org/10.1017/cel.2016.8>

RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção europeu – Na via a Construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 1, ano 13, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda; LOPES DA MOTA, José Luís. *Para uma Política Criminal Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ROSA PAIS, Ana Isabel. A Ausência de Controlo da Dupla Incriminação no Âmbito da Decisão-quadro Relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de Maio de 2007. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Studia Iuridica 98 Ad Honorem – 5, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tradução e notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, 1997.

SOKOL, Tomislav. Implementation of European Arrest Warrant in Croatia: A Risk for the Functioning of Judicial Cooperation in Criminal Matters in the EU? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 23, p. 258-280, 2015. 10.1163/15718174-23032071.

SOLTOSKI JUNIOR, Mario Elias. O Controle da Dupla Incriminação e o Mandado de Detenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, n. 16, 2006.

THOUVENIN, Jean-Marc. Le principe de non-extradition des nationaux. In S. TOUZE. *La nationalité*, SFDI, Pedone, 2012. p. 127-144.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra: Editora Almedina. 2006.

ZAMBIASI, Vinícius Wildner; KLEE, Paloma Marita Cavol. A (possibilidade de) não execução do mandado de detenção europeu fundamentada no tratamento ou pena cruel ou degradante. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 845-886, mai./ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2>

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):
O autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):
O autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 19/03/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/04/2019
- Avaliação 1: 22/04/2019
- Avaliação 2: 15/04/2019
- Avaliação 3: 24/04/2019
- Avaliação 4: 24/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 14/05/2019
- Retorno rodada de correções: 02/06/2019
- Decisão editorial final: 04/06/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Editor-assistente: 1 (MJV)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ROCHA, Jorge Bheron. Permanência, nacionalidade e residência do procurado como causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu: o caso português. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 889-923, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.230>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.