

DIREITO PENAL EUROPEU INSTITUCIONAL(*)

O quadro “pós-Lisboa” — por mares nunca dantes
navegados, edificar-se-á novo reino?

Pela Mestre Vânia Costa Ramos⁽¹⁾

I. Introdução. **II.** O Conceito pluri-significativo de direito penal europeu. **III.** O direito penal europeu institucional no período “pré-Lisboa”. *a)* A influência do direito comunitário no direito penal. **IV.** O quadro institucional no Tratado de Lisboa. *a)* Síntese e disposições gerais em matéria penal nos Tratados; *b)* O direito processual penal; *c)* O direito penal substantivo; *d)* Outras disposições; *e)* O controlo jurisdicional. **V.** Conclusão.

I. Introdução

Não é fácil a delimitação de um trabalho intitulado “direito penal europeu institucional”. O presente título poderá induzir, erra-

(*) O texto da presente publicação foi elaborado na sequência do seminário leccionado no I Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento sobre Direito Penal Especial (patrimonial e económico-financeiro), do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa, em 12 de Junho de 2010. Apresenta-se aqui a versão então elaborada, com actualização dos aspectos mais relevantes. Quaisquer comentários sobre o presente contributo poderão ser enviados para o endereço de correio electrónico <vania.costamos@carlospintodeabreu.com>.

⁽¹⁾ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

damente, o leitor na expectativa de encontrar, neste texto, um manual de direito penal europeu institucional. Contudo, não é esse o objectivo da presente publicação. Nem sequer o poderia ser, dadas as limitações de um trabalho desta natureza.

Da necessidade de delimitação clara dos objectivos e da extensão da presente apresentação, decorrem as suas fronteiras. Pretende proporcionar-se ao leitor o primeiro contacto com a matéria. Matéria essa que poderá (e deverá), já noutra sede⁽²⁾, ser objecto de estudo crítico e aprofundado nos seus diferentes aspectos.

Com efeito, o desenvolvimento — cada vez mais acelerado — da intervenção da União Europeia no direito penal convoca não só a necessidade de aprofundamento dogmático da matéria, mas desde logo, de um ponto de vista fundamental, a necessidade do desenvolvimento de uma política criminal europeia que não poderá, a nosso ver, representar a inversão (ou subversão) dos princípios consolidados do direito penal liberal próprio do Estado de direito, e que terá limitações decorrentes da própria estrutura e conformação institucional e jurídica da União.

Deverão os princípios básicos do direito penal ser adaptados a esta estrutura e ao ordenamento jurídico próprio da União? Ou é a conformação institucional da União e o seu ordenamento que tem de adaptar-se às exigências de natureza constitucional do direito penal?

Diríamos que ambos terão de adaptar-se, ou, mais precisamente, desenvolver-se. Evidente é a necessidade de dar um sentido e um substrato valorativo ao direito penal da União, para que o

(²) Não escaparemos, porventura, à censura apontada à doutrina que se tem ocupado do direito penal europeu por BERND SCHÜNEMMAN, *Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG*, ZIS 8/2009, 393 (394 e nota 2), por não darmos o devido relevo às questões da legitimação democrática e do respeito pelos princípios do Estado de direito no direito penal da UE. Todavia, ao contrário do que diz o autor, não o fazemos para evitar que o aluno se torne inseguro relativamente à “sagrada” construção europeia em virtude das dúvidas sobre a mesma decorrentes daqueles problemas. Não pretendemos que o aluno deixe de se preocupar com os problemas levantados pelo desenvolvimento do direito penal europeu no seio de uma estrutura política como a da União Europeia. Visamos, todavia, proceder simplesmente à apresentação da matéria do direito penal institucional da União Europeia, na expectativa de que os seus contornos, aqui desenhados, o desenvolvimento e a inovação nesta matéria para o direito penal suscitem *per se* o interesse e a apreciação crítica da mesma por parte dos alunos.

mesmo não se torne um mero acessório da prossecução de quaisquer fins do direito da União, mas que constitua um instrumento de definição dos essenciais valores comuns desta comunidade de Estados e da consagração dos princípios da constituição política e jurídica profunda da Europa moderna⁽³⁾, integrante do património normativo herdado do iluminismo⁽⁴⁾.

II. O conceito pluri-significativo de direito penal europeu

Antes de prosseguir, urge clarificar o objecto de estudo. O que é, então, o direito penal europeu? Trata-se de um conceito pluri-significativo que designa diferentes realidades⁽⁵⁾.

Em sentido *amplo* (quanto à fonte e ao objecto), o conceito inclui todas as normas jurídicas de fonte europeia com conteúdo penal material, ou normas de direito punitivo. Para determinação do alcance do direito penal em sentido material é essencial a posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) acerca do conceito de acusação penal do art 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que adoptamos como válido⁽⁶⁾.

(3) A expressão é de FERRY *apud* AUGUSTO SILVA DIAS, *De que Direito Penal precisamos nós Europeus?*, RPCC, 3/2004, 305 (309, nota 11). Para uma análise de algumas propostas de criação de um direito penal europeu face aos princípios daquela constituição política e jurídica profunda da Europa moderna, cf. FERRY *apud* AUGUSTO SILVA DIAS, *De que Direito Penal precisamos nós Europeus?*, RPCC, 3/2004, 305.

(4) Referindo a influência das concepções iluministas nas reformas criminais do séc. XIX, EDUARDO HENRIQUES DA SILVA CORREIA, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal (I — Unidade e Pluralidade de Infracções II — Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz)*, reimpressão, Almedina, 1983, p. 303. Sobre a relevância do património normativo iluminista para o direito penal em geral, cf. WINFRIED HASSEMER, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, ZStW 2/2004, 304; BERND SCHÜNEMMAN, *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, in Bernd Schünemann (ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Heymann, 2006, pp. 61-64.

(5) Seguimos, em parte, a distinção proposta por HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4.ª ed., Nomos, 2010, pp. 88-89.

(6) Sobre este conceito cf. PHILIPPE LAFARGE, *The fair trial guarantees*, in Mireille Delmas-Marty (ed.), *What kind of criminal policy for Europe?*, Kluwer Law International,

O conceito é interpretado numa perspectiva material e não formal, por não pressupor uma acusação num procedimento formalmente classificado de criminal. Tal afirmação implica que as garantias do processo penal funcionam em pleno nos “falsos” procedimentos administrativos⁽⁷⁾. Para chegar ao carácter autónomo do conceito — independente da classificação do direito interno dos Estados — o Tribunal estabelece três critérios, a propósito da análise da natureza penal das infracções disciplinares, no acórdão *Engel e outros*⁽⁸⁾: (1) *quanto à classificação pelo direito nacional* — o Tribunal não a considera vinculativa, antes analisando as regras substantivas e procedimentais aplicáveis e até a classificação dada por outros Estados àquele tipo de infracção; (2) *quanto à natureza da infracção* — a natureza criminal é estabelecida quando a sanção pune a violação de uma regra dirigida a todos os cidadãos, em geral, e tem um fim simultaneamente punitivo e preventivo (por contraposição a um fim compensatório, de ressarcimento de danos); (3) *quanto à natureza e à severidade da punição* — sendo indiciadoras de natureza penal as privações e limitações de liberdade, de carácter punitivo e dissuasor, exceptuando-se aquelas que, pela sua natureza, duração ou modalidades de execução, não provoquem um prejuízo importante. O segundo e terceiro critérios utilizados pelo TEDH são alternativos, não cumulativos⁽⁹⁾. A circuns-

1996, p. 271-275 (283 ss.) e IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção europeia dos direitos do homem — anotada*, 3.^a ed., Coimbra Editora, 2005, pp. 127-132; ROBERT ESSER, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg*, De Gruyter Recht, 2002, pp. 51-81; MIREILLE DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: du code pénale aux droits de l'homme*, 1.^a ed., PUF, 2004, p. 371-374; VÂNIA COSTA RAMOS, *Corpus Juris 2000* — Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* (parte I), *RMP*, 108/2007, 125 (145-147).

(7) Acórdão *Deweere c. Bélgica*.

(8) Acórdão *Engel e outros c. Países Baixos*; cf. também PHILIPPE LAFARGE, *The fair trial guarantees* (como na nota 6), pp. 271-275; IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção europeia dos direitos do homem — anotada* (como na nota 6), pp. 127-132.

(9) Acórdão *Lutz c. Alemanha*. Os critérios atrás enunciados foram aplicados às contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeiten*) no acórdão *Öztürk c. Alemanha*, bem como às sanções disciplinares penitenciárias, ainda que com prevalência do critério da gravidade da sanção (acórdão *Campbell e Fell c. Reino Unido*). As sanções administrativas relativas a infracções fiscais foram analisadas no acórdão *A.P., M.P. e T.P. c. Suíça*, no qual o tribunal

tância de alguns instrumentos em matéria de cooperação da UE determinarem o seu campo de aplicação por referência aos processos penais e administrativos, nos quais caiba recurso para um tribunal com competência penal, demonstra que as fronteiras do direito penal europeu não são necessariamente as determinadas formalmente pelo legislador interno⁽¹⁰⁾.

Dentro das normas de direito penal europeu em sentido amplo, contam-se normativos oriundos das instituições da União Europeia (UE), nos quais se inclui o direito administrativo sancionatório, e no quadro do Conselho da Europa (CoE). Para além das normas com conteúdo penal substantivo, o conceito amplo de direito penal europeu inclui também as normas processuais penais (de uma forma geral, todas as normas que afectam a prossecução penal na Europa)⁽¹¹⁾.

Num sentido *amplíssimo* (quanto à fonte), podem incluir-se no conceito de direito penal europeu as normas nacionais que são afectadas, modificadas ou complementadas pelo direito da UE ou pela CEDH (aqui em particular no processo penal).

Em sentido *estrito* (quanto à fonte), o conceito de direito penal europeu pode ser entendido como o conjunto de normas com incidência em matéria penal produzidas no quadro institucional da UE (man-

considerou que os procedimentos administrativos conducentes à aplicação de multas por crime de evasão fiscal caíam no âmbito de aplicação do art. 6.º, n.º 1, CEDH.

⁽¹⁰⁾ Por exemplo, a Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados da UE, cujo texto revoga o art. 49.º, al. a), da CAAS, e prevê, no art. 3.º, n.º 1, a aplicabilidade do auxílio judiciário mútuo em matéria penal a “[...] *processos instaurados pelas autoridades administrativas por factos puníveis nos termos do direito do Estado-Membro requerente ou do Estado-Membro requerido, ou de ambos, como infracções a disposições regulamentares, e quando da decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente, nomeadamente em matéria penal*”. Implicitamente, esta norma reconhece o carácter penal de tais infracções, para efeitos de aplicabilidade do regime de auxílio judiciário mútuo penal.

⁽¹¹⁾ A inclusão de normas processuais penais no conceito “direito penal” não é, aliás, novidade. Também no prisma interno, o conceito é, por vezes, utilizado em sentido amplo, para designar o conjunto de todas as normas em matéria penal, sejam elas de natureza substantiva (i.e., normas que definem os pressupostos da responsabilidade criminal) ou adjectiva (i.e., normas que definem as condições de efectivação da responsabilidade penal). Cf., representativamente, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 6-8. O autor utiliza também o conceito de “ordenamento jurídico-penal” para designar esta realidade mais ampla.

tendo-se, quanto ao objecto, o sentido amplo, ou mesmo amplíssimo). Para evitar equívocos conceptuais, utilizaremos, para significar esta realidade, o conceito de *direito penal da União Europeia*.

Será ainda possível distinguir, dentro deste último conceito, o direito penal substantivo da União Europeia, que designará o conjunto de normas oriundas do quadro institucional da UE que estabelecem tipos penais aplicáveis em todos os Estados-Membros (EM) e que definem pressupostos da responsabilidade criminal. Neste sentido, o conceito opõe-se ao conceito de direito processual penal da União Europeia, que se refere ao conjunto de normas oriundas do quadro institucional da UE e que afectam a efectivação do direito penal substantivo dos Estados-Membros (e, possivelmente, no futuro, do direito penal substantivo da UE), no seio de um processo penal em sentido estrito ou de procedimentos de cooperação judiciária internacional⁽¹²⁾.

De acordo com a distinção conceptual traçada, o presente trabalho versa sobre o *direito penal da União Europeia* em sentido estrito⁽¹³⁾. Dentro deste, concretamente sobre a vertente institucional, deixando de lado a análise em particular do direito penal substantivo e do direito processual penal da UE.

Deve, porém, deixar-se o aviso ao leitor que pretenda introduzir-se nestas matérias. Não é possível a correcta compreensão, interpretação e desenvolvimento dogmático do direito penal da UE sem estudar as matérias do direito penal europeu em sentido amplo. Por exemplo, no campo do direito processual penal, é imprescindível a familiarização com as normas criadas no quadro do Conselho da Europa, que estabelecem, por um lado, o pano de fundo das normas de cooperação judiciária internacional em maté-

(12) Dentro do direito processual penal da UE, em sentido amplo, podem distinguir-se estas normas das normas de processo penal em sentido estrito. Estas regulam a efectivação da responsabilidade penal mediante um procedimento aplicável em qualquer processo independentemente da existência, ou não, de conexão com ordens jurídicas de outros Estados. As normas de cooperação judiciária internacional já só terão aplicação nos casos de existência de conexões com ordenamentos jurídicos estrangeiros que conduzam à necessidade de obter a colaboração desses outros ordenamentos na prossecução penal.

(13) Sobre a adequação do conceito, v. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008, p. 13.

ria penal na União Europeia, bem como, por outro lado, o quadro mínimo dos direitos fundamentais em matéria processual penal, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, conforme interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁽¹⁴⁾.

Quanto ao direito penal europeu em sentido amplíssimo, o seu estudo é imprescindível para perceber as relações entre o ordenamento jurídico da União Europeia — quer em geral, quer em matéria de cooperação penal — e o direito penal interno, bem como as limitações que do primeiro decorrem para o segundo.

Não existe ainda um direito penal da UE, entendido como designando a existência de tipos penais europeus, aplicáveis directamente em todos os EM. Existem, porém normas da UE que estabelecem elementos mínimos para determinados tipos penais, quer do ponto de vista dos elementos típicos, quer do ponto de vista das sanções aplicáveis. Também não existe ainda um processo penal europeu, no sentido de um processo com regulamentação autónoma, distinto do nacional. Existem, porém, princípios e normas de natureza processual penal, bem como normas de cooperação judiciária internacional próprias da UE. O direito penal europeu da UE integra um ordenamento jurídico próprio e, muito embora o sistema penal da UE seja ainda um sistema em construção, possui princípios próprios, normas próprias, regras de interpretação próprias (diferentes das nacionais e das do direito internacional público geral). A circunstância do enquadramento neste ordenamento jurídico próprio da UE pressupõe, para o estudo de problemas de direito penal europeu, conhecimentos de direito institucional (geral) da UE, incluindo dos princípios gerais fundamentais de direito da UE⁽¹⁵⁾, sendo fundamental para a sua com-

(14) Sobre este tema, cf. IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção europeia dos direitos do homem — anotada* (como na nota 6); ROBERT ESSER, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg* (como na nota 6); ED CAPE/ZAZA NAMORADZE/ROGER SMITH/TARU SPRONKEN (orgs.), *Effective Criminal Defence in Europe*, Intersentia, 2010, pp. 23-63.

(15) Exemplo desta abordagem integrada é a obra de ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law — an Integrative Approach*, 2.ª ed., Intersentia, 2012, cuja leitura se recomenda vivamente.

preensão a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ)⁽¹⁶⁾.

III. O direito penal europeu institucional no período “pré-Lisboa”

O Tratado de Lisboa consagrou um novo quadro institucional, com particular incidência na cooperação em matéria penal. O presente texto pretende introduzir o leitor neste actual quadro institucional, à luz das disposições do Tratado de Lisboa. Não podemos, porém, deixar de fazer referência a alguns aspectos do período “pré-Lisboa”. Cumpre, desde logo, sublinhar que é necessário conhecer o quadro institucional anteriormente vigente em virtude do período transitório estabelecido no Tratado de Lisboa⁽¹⁷⁾. Merecem particular atenção as disposições vigentes a partir do Tratado de Amesterdão, imprescindíveis para uma conveniente compreensão do actual quadro institucional da União Europeia em matéria penal.

Numa primeira abordagem, a União Europeia e o direito penal aparentavam ser realidades antinómicas. O *ius puniendi* é, se não a mais marcante, pelo menos uma das mais marcantes qualidades da soberania nacional. Logo, a União Europeia, como construção jurídica de base supranacional, não parecia poder incluir o direito penal⁽¹⁸⁾. Em correspondência com este pensamento, os textos fundadores das Comunidades Europeias não contêm qualquer referência ao direito penal⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Na nomenclatura anterior ao Tratado de Lisboa, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE ou TJ).

⁽¹⁷⁾ Cf. *infra* p. 766.

⁽¹⁸⁾ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Union Européenne et droit pénal*, Cahiers de droit européen, 5-6/1997, 607 (608).

⁽¹⁹⁾ Aliás, o projecto contemporâneo da criação de uma Comunidade Europeia de Defesa, este sim, com referências ao direito penal, não obteve o consenso dos Estados-Membros — cf. GIOVANNI GRASSO, *Les perspectives de formation d'un droit pénal de l'Union européenne*, Archives de Politique Criminelle, 18/1996, 7 (12).

Apesar destas aparentes evidências quanto à ausência de competência penal das então Comunidades Europeias, os Estados-Membros tinham consciência de que o *ius puniendi* não pode ser exercido numa ilha penal, cujas fronteiras se encontram encerradas e, por este motivo, logo desde os anos 70, encetaram cooperação internacional a este nível⁽²⁰⁾. Esta cooperação foi-se intensificando, com o Acto Único Europeu, o Acordo de Schengen e a Convenção de Aplicação respectiva (CAAS), que entrou em vigor em 1993⁽²¹⁾.

Com o Tratado de Maastricht é criada a União Europeia e, no suporte do templo cujo telhado é constituído pelo Tratado da União Europeia, inclui-se o terceiro pilar — então designado Justiça e Assuntos Internos (JAI). Passa, então, a existir nos Tratados referência expressa à matéria penal, mas apenas no âmbito da cooperação intergovernamental, não da integração supranacional, restrita ao primeiro pilar (Tratado da Comunidade Europeia). Consequentemente, as competências dos órgãos comunitários a nível penal são muito limitadas (inexistindo aparentemente competência para legislar na matéria com base legal no primeiro pilar). Os actos jurídicos aprovados com base no terceiro pilar (Posições Comuns, Acções Comuns e Convenções) não produzem efeitos directos nos

(20) Esta iniciou-se com recurso ao mecanismo de facto da Cooperação Política Europeia (CPE), que veio a ser formalizado em 1986, com o Acto Único Europeu (AUE).

(21) Também conhecido por Schengen I, foi celebrado entre cinco Estados, Alemanha, França e Estados do Benelux, em 14.06.1985. O Acordo de Schengen consistia numa mera proclamação de intenções, visando a formação de um espaço sem fronteiras internas, proclamação concretizada na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 19.06.1990. A CAAS, conhecida também por Schengen II, entrou em vigor na ordem internacional em 01.09.1993. Porém, só foi implementada em 26.03.1995, devido a problemas técnicos com a implementação do SIS. À data, além dos Estados originariamente signatários, faziam parte da CAAS a Itália, Espanha, Portugal e Grécia, a que se juntou, ainda em 2005, a Áustria. Estas Convenções fazem parte de um conjunto de limitações normativas para os Estados Membros que foram sendo desenvolvidas fora da estrutura comunitária, no contexto da cooperação internacional de natureza intergovernamental, para obviar aos problemas colocados pela criminalidade transnacional. Os Acordos de Schengen foram responsáveis pela introdução da colaboração judicial directa em matéria penal, sem necessidade de intervenção diplomática. Sobre o tema v. JOHN VERVAELE, *A União Europeia e o espaço judicial Europeu: os desafios do modelo Corpus Juris 2000 e da Procuradoria Europeia*, Revista brasileira de ciências criminais, 40/2002, 9 (16).

ordenamentos nacionais. No entanto, não deixou de se registrar alguma evolução. Sobretudo através da elaboração de uma série de Convenções, ainda no quadro do Tratado de Maastricht, foram dados os primeiros passos para o desenvolvimento de formas de cooperação entre actores policiais e judiciários (Europol⁽²²⁾ e Rede Judiciária Europeia) desvinculadas da soberania dos EM e, portanto, sem intervenção diplomática.

A partir do Tratado de Amesterdão, a cooperação em matéria penal na UE conhece um desenvolvimento sem precedentes, sendo consagrada nos Tratados a criação do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ), que passa a constituir um dos objectivos da UE⁽²³⁾. É redigido um Plano de Acção para pôr em marcha a construção desse ELSJ. A discussão e a produção legislativa penal da UE viriam a atingir neste período uma considerável dimensão, em boa medida propulsãoada pelos acontecimentos no outro lado do Atlântico⁽²⁴⁾.

Com o Tratado de Amesterdão as matérias do 3.º pilar de carácter (directamente) não penal foram transferidas para o 1.º pilar, ou seja, foram comunitarizadas. Trata-se das disposições relativas aos Vistos, Asilo e Imigração, que passaram a integrar o título IV do TCE, e que, juntamente com o 3.º pilar do TUE passaram a formar o Espaço de Liberdade Segurança e Justiça⁽²⁵⁾. No terceiro pilar, as

(22) Convenção de 26 de Julho de 1995, que estabelece a Convenção relativa à criação de uma Unidade Europeia de Polícia (Convenção Europol), disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>> (consulta em 07.08.2010).

(23) Arts. 2.º, 3.º travessão, e 29.º do TUE. Sobre as novidades do Tratado de Amesterdão em matéria penal v. GERARD SOULIER, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale*, Revue de Science Criminelle et Droit Comparé, 2/1998, 237; também GILLES DE KERCHOVE, *L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere*, in Gilles de Kerchove/Anne Weyembergh (eds.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 3, 3-17.

(24) Cf. HANS-HEINER KÜHNE, *Strafprozeßrecht*, 7.ª ed., Müller, 2007, pp. 38-39, 42-43, 50-51, com quadros de síntese dos instrumentos aprovados com incidência no processo penal e HENRI LABAYLE/ANNE WEYEMBERGH, *Code of Criminal Law of the European Union*, Bruylant, 2005, contendo os instrumentos relevantes actualizados até 01.01.2005 e o Repertório de legislação comunitária em vigor <<http://eur-lex.europa.eu/pt/legis/latest/chap19.htm>>.

(25) Art. 61.º TCE.

Acções Comuns são substituídas pelas Decisões e Decisões-Quadro, dotadas de maior vinculatividade, e para a entrada em vigor das Convenções passa a ser suficiente a ratificação por metade dos EM⁽²⁶⁾. Embora os Tratados refiram expressamente que as Decisões-Quadro não possuem efeito directo (art. 34.º, n.º 2, al. *b*), do TUE), o TJ vem, em 2005, no caso *Pupino*, decidir que embora as Decisões-Quadro necessitem de transposição para produzir efeitos nas ordens jurídicas internas, a não transposição não impede a produção de alguns efeitos decorrentes da sua vinculatividade jurídica, existindo obrigação de interpretação conforme do direito nacional às Decisões-Quadro não transpostas⁽²⁷⁾.

No âmbito do ELSJ, o art. 31.º, n.º 1, alínea *e*), do TUE prevê a acção do Conselho para a adopção gradual de medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de drogas. Embora limitada pelos domínios de criminalidade, a competência do Conselho ao abrigo do TUE é bastante alargada, uma vez que o conceito de “criminalidade organizada” integra um sem número de situações das mais diversas áreas da criminalidade (tráfico de seres humanos, criminalidade económico-financeira, etc.).

Depois da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, gerou-se um movimento de harmonização e assimilação sem preceden-

⁽²⁶⁾ Para obviar a casos como a da Convenção PIF, que nunca chegou a entrar em vigor por problemas de ratificação. Art. 34.º, n.º 2 alínea *d*) parte final do TUE.

⁽²⁷⁾ ACTJ de 16.06.2005, processo C-105/03 (*Pupino*). Cf. os comentários de BETTINA WEISSER, *Die Wirkungen von EU-Rahmenbeschlüssen auf das mitgliedstaatliche Recht. Zugleich Besprechung von EuGH EuZW 2005, 433 (“Pupino”)*, ZIS 12/2006, 562, e STEFAN LORENZMEIER, *Der Rahmenbeschluss als Handlungsform der Europäischen Union und seine Rechtswirkungen*, ZIS 12/2006, 576. Cf., ainda, BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2.ª ed., Springer, 2007, pp. 379-392. O autor sublinha que, ao retirar do TUE uma obrigação directa de interpretação conforme para os tribunais nacionais, o TJ confirma que a cooperação no terceiro pilar vai para além do DIP geral — cf. BERND HECKER, *Europäisches Strafrecht*, 2.ª ed., Springer, 2007, p. 384. O autor refere também que o acórdão do TJ foi objecto de variadas reacções positivas na doutrina, bem como confirmação pelo BverfG. Relevante é também o ACTJ de 27.02.2007, processo C-355/04 P (*Segi e outros c. Conselho*), acerca das Posições Comuns. Para uma análise sobre este acórdão, cf. STEVE PEERS, *Salvation outside the church: judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments*, CMLR, 4/2007, pp. 883-929.

tes na história da União Europeia, com base nos arts. 29.º e 31.º alínea e) do TUE⁽²⁸⁾, abrangendo, por vezes, elementos constitutivos das infracções penais e das sanções aplicáveis, em domínios cada vez mais alargados.

Por outro lado, com particular significância para o processo penal e para o auxílio judiciário mútuo em matéria penal, no Conselho Europeu de Tampere⁽²⁹⁾, a cooperação penal na UE toma um novo rumo, sob o signo do *reconhecimento mútuo*. O reconhecimento mútuo deve, a partir de então, constituir a pedra angular da cooperação em matéria penal na União⁽³⁰⁾. Descrito de forma sumária, o reconhecimento mútuo em matéria penal assenta na aceitação do pressuposto de que todos os EM garantem um elevado e equivalente grau de protecção dos direitos fundamentais, aferido pelo *standard* da CEDH, base para a existência de *confiança mútua* entre as suas ordens jurídicas. Esta confiança permitirá reconhecer como válidas, no ELSJ, as decisões adoptadas ao abrigo das disposições nacionais, não obstante a ausência de harmonização⁽³¹⁾.

(28) STEFANO MANACORDA, *L'intégration en matière pénale du Traité d'Amsterdam au projet de la Constitution*, Revue de Science Criminelle et Droit Comparé, 4/2003, 889 (889-893). Para uma revisão actualizada dos actos relevantes em matéria penal no âmbito da UE v. DOMINIK BRODOWSKI, *Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union — ein Überblick*, ZIS 5/2010, 376. Para uma compilação de actos adoptados com base no 3.º pilar vide MARIANA SOTTO MAIOR (org.), *A cooperação em matéria penal na União Europeia (colectânea de actos e instrumentos adoptados no quadro do III pilar)*, Gabinete Para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, 2001; HENRI LABAYLE/ANNE WEYEMBERGH, *Code of Criminal Law of the European Union* (como na nota 24). Para uma listagem actualizada de actos relevantes em matéria penal no âmbito da UE v. DOMINIK BRODOWSKI, *Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union — ein Überblick*, ZIS 5/2010, 376.

(29) O primeiro dedicado exclusivamente à cooperação em matéria penal.

(30) Conclusões de Tampere — disponíveis em <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>. Para uma análise dos problemas horizontais referentes à implementação do princípio do reconhecimento mútuo em matéria penal, cf. o estudo, finalizado em Novembro de 2008, de GISÈLE VERNIMMEN-VAN TIGGELEN/LAURA SURANO, *Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, disponível em <http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/criminal/recognition/docs/mutual_recognition_en.pdf> (consulta em 03.01.2012).

(31) Sobre a confiança mútua, consultar a obra colectiva GILLES DE KER-CHOVE/ANNE WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, com diversos artigos reflectindo sobre o tema, designadamente sobre a sua definição, medidas de reforço e futuro.

O princípio do reconhecimento mútuo não era, ao contrário do que possa aparentar, um princípio novo. O reconhecimento mútuo é um conceito originário do primeiro pilar, a partir da jurisprudência *Cassis de Dijon*, a qual determinou que um país tem que reconhecer como válida a licença para comercializar um produto, obtida num outro EM, ao abrigo das suas normas. Inicialmente, este princípio é “importado” para o terceiro pilar pelo governo do Reino Unido no Conselho de *Cardiff*, como forma de evitar a harmonização das disposições penais e processuais penais dos EM, permitindo, contudo, o desenvolvimento da cooperação naquela área e o estabelecimento de um ELSJ. A viabilidade do reconhecimento mútuo, na ausência total de harmonização, deve, porém, ser necessariamente equacionada com prudência⁽³²⁾.

Sob o signo do reconhecimento mútuo, a cooperação penal europeia entre os EM nas vertentes da prevenção e repressão da criminalidade dá um passo de gigante: passa a ser possível executar directamente decisões de um EM nos outros EM. Inúmeros instrumentos baseados no princípio do reconhecimento mútuo foram aprovados⁽³³⁾ (sendo mais relevante, pela sua efectiva aplicação nos EM, a Decisão-Quadro sobre o Mandado de Detenção Europeu)⁽³⁴⁾ e outros estão em discussão⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Crítico, STEVE PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, CMLR 1/2004, 5.

⁽³³⁾ Reconhecimento de sanções pecuniárias (DQ 2005/214/JAI do Conselho, de 24.02); decisões de perda (DQ 2006/783/JAI do Conselho, de 6.10.2006); tomada em consideração de condenações anteriores (DQ 2008/675/JAI do Conselho, de 24.07.2008); reconhecimento e execução de sentenças que imponham medidas privativas da liberdade (DQ 2008/909/JAI do Conselho, de 27.11.2008); reconhecimento de sentenças e decisões relativas a liberdade condicional — fiscalização (DQ 2008/947/JAI do Conselho, de 27.11.2008); mandado europeu de obtenção de provas (DQ 2008/978/JAI do Conselho, de 18.12.2008); julgamentos na ausência (DQ 2009/299/JAI do Conselho, de 26.02.2009); medidas de coacção (DQ 2009/829/JAI do Conselho, de 23.10.2009); conflitos de jurisdição (DQ 2009/948/JAI, de 30.11.2009).

⁽³⁴⁾ DQ 2002/584/JAI, que substitui as Convenções de Extradicação anteriormente em vigor entre os EM, e que já se encontra em plena aplicação nos 27 EM, conforme o descrito nos Relatórios de transposição.

⁽³⁵⁾ Cf. apenas a proposta de Directiva do PE e do Conselho já apresentada no quadro institucional do Tratado de Lisboa, da Decisão Europeia de Investigação [2010/0817 (COD)].

Em Tampere são ainda criadas as condições para a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Proclamada solenemente no ano 2000, pelos Presidentes do Parlamento Europeu (PE), do Conselho e da Comissão, à CDFUE apenas virá a ser conferida vinculatividade jurídica com o Tratado de Lisboa⁽³⁶⁾.

O acervo de Schengen (as Convenções, os Protocolos e as decisões do Comité Executivo) é, também à luz do disposto no Tratado de Amesterdão, integrado nos Tratados⁽³⁷⁾.

Ainda no domínio deste Tratado, é introduzido, a propósito da luta contra a fraude e no âmbito do direito supranacional, o art. 280.º do TCE, cujo n.º 2 acolhe o princípio da assimilação⁽³⁸⁾. A Comissão passa a assumir um papel fundamental na coordenação dos EM na luta contra a fraude. O n.º 4 daquele artigo estabelece a competência do Conselho para, através do procedimento de co-decisão, adoptar medidas de luta e prevenção relativamente às fraudes lesivas dos interesses financeiros da Comunidade. Embora os Tratados prevejam que estas medidas não podem intervir na aplicação do direito penal nacional nem na administração da justiça nos EM, a doutrina, as instituições comunitárias e os EM dividem opiniões sobre se a tal referência impede a aprovação de legislação penal supranacional com base no art. 280.º⁽³⁹⁾. Afinal, nenhum instrumento em matéria penal em sentido formal viria a ser adoptado com base nesta disposição.

Além da modificação dos actos normativos e dos domínios de criminalidade destinados a implementar a cooperação judiciária e

(36) Mesmo no quadro jurídico anterior ao Tratado de Lisboa, tem sido defendida a possibilidade de invocação das normas da CDFUE, como emanações cristalizadas dos princípios fundamentais comuns aos EM e, por isso, vinculativas, pelo menos em termos interpretativos, como princípios gerais de direito comunitário, ao abrigo do art. 6.º, n.º 2, do TUE. Sobre esta questão, cf. MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais*, AAFDL, 2006, pp. 146-162.

(37) Ver o protocolo anexo ao Tratado de Amesterdão, denominado “Protocolo que integra o Acervo de Schengen no âmbito da União Europeia”.

(38) Sobre a obrigação de assimilação, cf. *infra* p. 760.

(39) Sobre a discussão, v., VÂNIA COSTA RAMOS, *Direito Penal, União Europeia e Constituição*, relatório de mestrado inédito, Faculdade de Direito de Lisboa, 2005, pp. 13 ss, e a doutrina aí citada.

policial em matéria penal, com o Tratado de Amesterdão o TJ passa a ter um papel acrescido no âmbito do 3.º pilar. Ao abrigo do Tratado de Maastricht o TJ apenas tinha competência, se expressamente prevista no próprio instrumento, para interpretar e resolver diferendos relativos às Convenções⁽⁴⁰⁾. Com o Tratado de Amesterdão passa a competir-lhe a fiscalização da legalidade das Decisões-Quadro e Decisões⁽⁴¹⁾ e a decisão de litígios entre os EM e entre EM e a Comissão⁽⁴²⁾. Mediante declaração dos EM, o TJ passa também a ter competência para decidir a título prejudicial sobre a validade e interpretação das Decisões-Quadro e das Decisões, sobre a interpretação das convenções estabelecidas no âmbito da cooperação em matéria penal e sobre a validade e interpretação das respectivas medidas de aplicação⁽⁴³⁾.

Com o Tratado de Nice, foi introduzida a Eurojust⁽⁴⁴⁾, com o objectivo de promover uma cooperação judiciária mais eficaz, mas sem qualquer alteração relativamente às regras de competência das autoridades dos Estados-Membros e sem introdução de princípios de actuação com base numa territorialidade europeia⁽⁴⁵⁾. Também o art. 29.º do TUE na versão do Tratado de Nice é alterado, acolhendo a prevenção e luta contra o racismo, xenofobia, criminalidade, organizada ou não, o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e armas, a corrupção e a fraude.

A criação do ELSJ é um importante passo, mas não constitui, por enquanto, o estabelecimento de um espaço judiciário europeu

⁽⁴⁰⁾ Art. K-3 do TUE (versão Maastricht).

⁽⁴¹⁾ Art. 35.º, n.º 6 do TUE.

⁽⁴²⁾ Art. 35.º, n.º 7 do TUE.

⁽⁴³⁾ Art. 35.º, n.ºs 1 e 2 do TUE. Portugal aceitou a competência prejudicial do TJ — cf. art. 2.º do Decreto do Presidente da República n.º 65/99, de 19 de Fevereiro.

⁽⁴⁴⁾ Art. 31.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, do TUE.

⁽⁴⁵⁾ O projecto do *Corpus Juris*, na versão de Florença (2000) adopta o princípio da territorialidade europeia, segundo o qual, para a investigação, acusação e execução de penas prescritas no *Corpus*, o território dos Estados-Membros constitui um espaço único — o espaço judiciário europeu. O procurador europeu e os procuradores nacionais podem conduzir investigações e emitir decisões e mandados com validade em todo o espaço judiciário europeu. As decisões dos juizes nacionais e do juiz das liberdades são executáveis em todo o território da União.

único ou próprio⁽⁴⁶⁾. O conceito clássico de cooperação interestadual continua a reger as relações entre os EM, que continuam a proteger a sua soberania e encaram o território nacional como ponto de partida da sua tutela penal e da definição da sua política criminal, mesmo em caso de crimes com dimensão transnacional.

Em síntese, nos Tratados de Maastricht, Amesterdão e Nice foi estabelecido o quadro para lançar a operatividade da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a elaboração de uma harmonização mínima do direito penal dos Estados-Membros. Porém, verifica-se que não existe a criação de um espaço judicial europeu, nem integração em matéria de justiça penal, subsistindo o método da intergovernamentalidade. As competências da polícia, Ministério Público e tribunais continuam a ser determinadas a nível nacional e a sua acção, em princípio, limitada ao território nacional⁽⁴⁷⁾.

a) A influência do direito comunitário no direito penal interno

O consenso quase generalizado ao nível da doutrina e dos Estados-Membros quanto à inexistência de competência penal das então Comunidades Europeias, no período anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, não pode, porém, ser entendido como uma total ausência de influência do direito comunitário sobre o direito penal.

Mesmo os autores que defendiam a inexistência de um direito penal comunitário — i.e., um direito penal supranacional — se encontravam de acordo quanto à existência de determinados efeitos do direito comunitário sobre o direito nacional.

⁽⁴⁶⁾ Já o modelo proposto no *Corpus Juris* pressupõe um espaço judiciário comum, assente no princípio da territorialidade europeia — cf. nota 45. V., MIREILLE DELMAS-MARTY/JOHN VERVAELE (coords.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. I, Intersentia 2000; v. JOHN VERVAELE, *A União Europeia e o espaço judicial Europeu: os desafios do modelo Corpus Juris 2000 e da Procuradoria Europeia* (como na nota 21), 9 (22-33).

⁽⁴⁷⁾ No caso de perseguições em flagrante delito, é possível à polícia de um EM prosseguir a perseguição num outro EM, sem autorização e cooperação das autoridades deste último — cf. art. 40.º, n.º 2, da CAAS.

A influência crescente do direito comunitário no direito penal manifesta-se num processo bastante complexo que resulta da combinação de três princípios gerais de direito comunitário⁽⁴⁸⁾: o princípio do efeito directo⁽⁴⁹⁾; o princípio do primado⁽⁵⁰⁾; o princípio da cooperação leal⁽⁵¹⁾.

O princípio do efeito directo reconhece que os actos comunitários têm efeitos directos nos ordenamentos nacionais, vinculando os juizes comunitários e nacionais a aplicarem directamente as disposições dos Tratados, Regulamentos, Directivas, Convenções e Decisões⁽⁵²⁾, sem necessidade de transposição ou concretização pelo legislador nacional, reforçando assim a eficácia do Direito da União e a salvaguarda dos direitos dos particulares. O princípio do primado estabelece a superioridade hierárquica das normas comunitárias face às nacionais. Consequentemente, as normas nacionais

⁽⁴⁸⁾ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Union Européenne et droit pénal* (como na nota 18), 607 (610 ss).

⁽⁴⁹⁾ Afirmado no Acórdão *Van Gend en Loos*, de 6 de Outubro de 1970, processo 26/62. Todos os acórdãos do TJ referidos no presente artigo podem ser consultados em <<http://eur-lex.europa.eu/JURISINDEX.do?ihmlang=pt>> ou <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/> (consulta em 07.08.2010).

⁽⁵⁰⁾ Acórdão *Costa/ENEL*, de 15 de Julho de 1964, processo 6/64.

⁽⁵¹⁾ Art. 10.º TCE (ex art. 5.º). ACTJ de 21 de Setembro de 1989, processo 68/88 (*Milho Grego*).

⁽⁵²⁾ O efeito directo das Directivas está sujeito aos requisitos estabelecidos no acórdão *Van Gend en Loos*, de 6 de Outubro de 1970 (as obrigações devem ser precisas, claras, incondicionais e não devem requerer medidas complementares, de carácter nacional ou comunitário) — cf. acórdão *Van Duyn*, de 04 de Dezembro de 1974, processo 41/74. Deve salientar-se que não pode invocar-se o efeito directo das Directivas para sancionar criminalmente uma conduta, uma vez que o efeito directo (que é apenas vertical), permite aos particulares invocarem uma norma comunitária contra o Estado, sem necessidade de norma de transposição, para fazer valer contra este direitos criados pela norma comunitária. Tal conclusão foi afirmada pelo TJ: “*uma Directiva não pode ter como efeito, por si própria e independentemente de uma lei interna adoptada por um Estado-Membro para a sua aplicação, determinar ou agravar a responsabilidade penal de quem quer que aja em violação das suas disposições*” — cf. ACTJ de 08.10.1987, processo 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), pontos 13 e 14 e jurisprudência aí citada. O TJ afirma neste acórdão que o efeito directo tem como limite os princípios gerais de direito comunitário, nomeadamente o da segurança jurídica e da não retroactividade. A mesma conclusão é reiterada no ACTJ de 07.01.2004, processo C-60/02 (*Rolex e outros*), pontos 59 a 64, relativamente a um Regulamento, com referência expressa ao princípio da legalidade contido no art. 7.º da CEDH, como princípio geral de direito comunitário.

que contrariem as disposições do direito comunitário estão feridas de invalidade, não sendo aplicáveis e devendo ser revogadas pelos EM⁽⁵³⁾. Em articulação com o princípio precedente, se o juiz considerar que uma norma nacional, mesmo de carácter penal, viola uma norma comunitária, não poderá aplicar a norma nacional. Por fim, o princípio da cooperação leal obriga os EM a tomarem todas as medidas necessárias para garantir a validade e eficácia do direito comunitário. Estas medidas incluem medidas de carácter penal, contanto que sejam imprescindíveis.

Daqueles princípios, o TJ⁽⁵⁴⁾ retirou para os EM uma dupla obrigação: de *assimilação*⁽⁵⁵⁾ e de *eficácia*⁽⁵⁶⁾. Não obstante os EM conservarem a liberdade na escolha de sanções para as condutas violadoras do direito comunitário, a *obrigação de assimilação* impõe que tais condutas sejam sancionadas nas mesmas condições de fundo e processuais que as violações análogas do direito nacional, devendo as autoridades nacionais proceder com a mesma diligência do que em relação a delitos de cariz nacional. A *obrigação de eficácia* dita que as medidas adoptadas pelos EM devem conferir à sanção um carácter eficaz, proporcional e dissuasivo⁽⁵⁷⁾.

Embora nenhum dos princípios *supra* enunciados ponha directamente em causa o direito penal interno, têm sobre ele uma incidência indiscutível. Os efeitos sobre o direito interno podem caracterizar-se em: (i) *efeitos negativos*: neutralizam as disposi-

(53) Cf. ACTJ de 19 de Janeiro de 1999, processo C-348/96 (*Donatella Calfa*), ponto 17.

(54) ACTJ de 21 de Setembro de 1989, processo 68/88 (*Milho Grego*). Cf. também o anterior ACTJ de 02.07.1977, processo 50/76 (*Amsterdam Bulb*) e o mais recente ACTJ de 08.07.1999, processo C-186/98 (*Nunes e de Matos*).

(55) MARTIN WASMEIER/NADINE THWAITES, *The 'battle of the pillars': does the European Community have the power to approximate national criminal laws?*, *European Law Review*, 5/2004, 613 (621-622); MIREILLE DELMAS-MARTY, *Union Européenne et droit pénal* (como na nota 18), 607 (612); LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *Direito Penal e Direito Comunitário — o ordenamento comunitário e os sistemas juscriminais dos Estados-Membros*, Almedina, 2001, p. 48. Este princípio está consagrado, relativamente aos interesses financeiros da Comunidade, no art. 280.º, n.º 2, TCE.

(56) *V.* a doutrina referida na nota anterior.

(57) Este princípio foi, em parte, acolhido no art. 280.º, n.º 1, do TCE.

ções nacionais incompatíveis com o direito comunitário⁽⁵⁸⁾; (ii) *efeitos positivos*: apelam ao estabelecimento de sanções para protecção do direito comunitário⁽⁵⁹⁾.

Os dois efeitos são assimétricos em termos de força, pois o efeito de neutralização actua automaticamente, sem intervenção do legislador nacional, enquanto as lacunas no direito nacional só poderão ser supridas por este. O desrespeito pelo efeito de reforço do direito nacional para protecção e *enforcement* do direito comunitário apenas pode fundamentar um recurso da Comissão contra o EM por incumprimento das disposições do Tratado⁽⁶⁰⁾. Se, em caso de recurso, o TJ reconhecer o incumprimento, o EM deve tomar medidas para execução do decidido no acórdão⁽⁶¹⁾. Caso não proceda à adopção das medidas necessárias, poderá ser condenado no pagamento de uma sanção pecuniária⁽⁶²⁾.

A neutralização do direito penal nacional pode importar consequências, quer no plano da definição da incriminação, quer no da sanção. O juiz nacional pode considerar que determinadas incriminações penais são medidas de carácter equivalente a restrições quantitativas, no sentido dos arts. 28.º e 29.º TCE⁽⁶³⁾. As sanções podem ser neutralizadas, sobretudo por virtude das exigências de proporcionalidade⁽⁶⁴⁾, princípio geral de direito comunitário con-

⁽⁵⁸⁾ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Union Européenne et droit pénal* (como na nota 18), 607 (613-624). JOSÉ NARCISO CUNHA RODRIGUES, «Direito Penal Europeu: o tempo e o modo», in MANUEL DA COSTA ANDRADE/MARIA JOÃO ANTUNES/SUSANA AIRES DE SOUSA (orgs), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra Editora, 2010, pp. 865, 871-872.

⁽⁵⁹⁾ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Union Européenne et droit pénal* (como na nota 18), 607 (624-637).

⁽⁶⁰⁾ Art. 226.º TCE.

⁽⁶¹⁾ Art. 228.º, n.º 1 TCE.

⁽⁶²⁾ Art. 228.º, n.º 2 TCE.

⁽⁶³⁾ Concretização jurisprudencial nos acórdãos *Dassonville*, de 11 de Julho de 1974, processo 8/74, e *Keck*, de 24 de Novembro de 1993, processos C-267/91 e C-268/91. A matéria está actualmente prevista nos arts. 34.º e 35.º do TFUE.

⁽⁶⁴⁾ Cf. Acórdãos *Watson e Belmann*, de 07.07.1976, processo 118/75, *Messner*, de 12.12.1989, processo 265/88, *Banchero*, de 14 de Dezembro de 1995, processo C-387/93, *Donckerwolcke*, de 15 de Dezembro de 1976, processo 41/76, e *Rivoira*, de 30 de Novembro de 1977, processo 52/77.

sagrado no art. 5.º § 3.º TCE⁽⁶⁵⁾, por vezes em conjugação com o princípio da não discriminação⁽⁶⁶⁾.

A propósito da força do efeito de neutralização do direito nacional, pode afirmar-se que a UE, mesmo no domínio do primeiro pilar, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, era titular de um verdadeiro *ius non puniendi*⁽⁶⁷⁾. Os EM não podiam, pois, erigir obstáculos legais que constituíssem retrocesso por relação às liberdades estabelecidas no então primeiro pilar. Obrigação que não impedia apenas sobre os Estados no seu sistema interno: está também presente no terceiro pilar, pois os Estados não podiam, por via da cooperação penal, prejudicar os fins com os quais se comprometeram no âmbito do primeiro pilar, como, aliás, decorre do art. 47.º do TUE⁽⁶⁸⁾. Desta forma, o *ius non puniendi* da União ao nível da sua actuação supranacional interferia não só com o direito interno, como com o próprio direito intergovernamental da União, do terceiro pilar.

IV. O quadro institucional no Tratado de Lisboa

a) *Síntese e disposições gerais em matéria penal nos Tratados*

Após o fracasso de todos os esforços para o estabelecimento de um Tratado Constitucional, os Estados-Membros adoptaram, em 2007, um novo conceito: o do Tratado Reformador, que viria a ser assinado em 13.12.2007, na cidade de Lisboa, já sem quaisquer

⁽⁶⁵⁾ Actual art. 5.º, n.º 4, do TUE-LX.

⁽⁶⁶⁾ Actualmente consagrado no art. 18.º do TFUE.

⁽⁶⁷⁾ Assim, PEDRO CAEIRO, «Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia», in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu — Textos doutrinários*, vol. I, Coimbra Editora, 1998, pp. 519, 519-532.

⁽⁶⁸⁾ Se não o fosse em respeito de um princípio próprio da UE, sê-lo-ia em respeito de um princípio geral de direito internacional público, o princípio da *boa-fé*, aplicável independentemente da opinião defendida acerca da natureza da cooperação internacional no seio do terceiro pilar da UE.

expressões tais como *hino*, *bandeira* ou *constituição* (indiciadoras da existência de um verdadeiro Estado europeu), sem unificação dos Tratados num único instrumento e com *opt-out* de alguns Estados-Membros relativamente à CDFUE, mas com poucas alterações relativamente à matéria penal. Finalmente ratificado por todos os EM, o Tratado de Lisboa entrou em vigor em 01.12.2009. Prosseguindo no desenvolvimento do quadro institucional dos Tratados e aprofundando a integração europeia, o Tratado de Lisboa alterou a base jurídica do direito penal da UE.

Antes de mais, deve salientar-se que o Tratado de Lisboa atribui personalidade jurídica à União⁽⁶⁹⁾ e põe termo à estrutura dos três pilares criada pelo Tratado de Maastricht. Com o Tratado de Lisboa, a estrutura institucional da União passa a fundar-se em dois tratados: o Tratado da União Europeia, alterado (TUE-LX)⁽⁷⁰⁾, e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O antigo segundo pilar (Política Externa e de Segurança Comum) encontra-se no TUE-LX, enquanto que os antigos primeiro (TCE) e terceiro pilares (ELSJ) integram o TFUE. O TUE-LX é o ponto de partida conceptual⁽⁷¹⁾ para a actuação da União Europeia na sua nova forma de organização supranacional⁽⁷²⁾, consagrando o TFUE a concretização dessas formas de actuação no domínio das diferentes políticas da União.

Como referimos *supra*, o direito penal da União Europeia tem percorrido um longo caminho, desde a sua primeira manifestação expressa no Tratado de Maastricht, em 1992, passando pelo Tratado de Amesterdão e o Conselho Europeu de Tampere. O TJ chegou, inclusivamente, a declarar a existência de competência penal ao abrigo do TCE⁽⁷³⁾. Porém, até aqui, o direito penal da União Europeia caracterizava-se pela intergovernamentalidade, sendo desenvolvido no âmbito do terceiro pilar. O Tratado de Lisboa fun-

(69) Art. 47.º do TUE, na redacção do Tratado de Lisboa.

(70) Para facilidade de compreensão do texto, adopta-se doravante a presente sigla para designar o Tratado da União Europeia na redacção dada pelo Tratado de Lisboa.

(71) A expressão é de MARTIN HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon*, ZIS 8/2009, 406 (407).

(72) Cf. o art. 1.º do TUE: “A União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia”.

(73) Cf. *infra* p. 786-790.

diu agora os três pilares num só. Na expressão de MANSDÖRFER “o templo europeu é transformado numa verdadeira casa com o nome «União Europeia» e com uma personalidade jurídica própria” cujo “interior é constituído em primeira linha pelo TFUE e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”⁽⁷⁴⁾.

No domínio do direito penal, a alteração estrutural tem como consequência que todas as matérias do antigo terceiro pilar passem a estar sujeitas à jurisdição do Tribunal de Justiça, que até agora tinha um papel limitado, no quadro do terceiro pilar⁽⁷⁵⁾. Esta alteração pode trazer grandes avanços, no sentido de uma maior integração, para o direito penal na UE. Pela primeira vez, os indivíduos vão poder interpor recursos em matéria penal perante aquele Tribunal. Acresce que a Comissão passa agora a poder iniciar processos de incumprimento contra os Estados-Membros no domínio penal, agora política da União supranacional. Ao Tribunal permanece, porém, vedada a possibilidade de fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pela polícia ou por outras agências nacionais de aplicação da lei, bem como o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros no que diz respeito à manutenção da ordem pública e a salvaguarda da segurança interna.

Por outro lado, também o procedimento legislativo mudou: a Decisão-Quadro, que foi o instrumento normativo com maior impacto na harmonização no terceiro pilar, foi agora substituída por Regulamentos e Directivas. Por conseguinte, os novos instrumentos de direito penal da União Europeia deixam de ser criados por decisão unânime do Conselho da União Europeia, sendo aprovados, regra geral, segundo o processo legislativo ordinário da União Europeia⁽⁷⁶⁾. Ou seja, por co-decisão do Conselho (deci-

(74) MARCO MANSDÖRFER, *Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon — oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung*, HRRS 1/2010, 11 (11).

(75) Cf. *infra* IV.e). Para uma análise dos limites da jurisdição do Tribunal de Justiça sobre o terceiro pilar, cf. STEVE PEERS, «Salvation outside the church: judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments», (como na nota 27), pp. 883-929.

(76) Art. 294.º do TFUE.

dindo por maioria qualificada)⁽⁷⁷⁾ e do Parlamento Europeu, sob proposta da Comissão Europeia ou — uma especificidade do ELSJ — de um quarto dos Estados-Membros⁽⁷⁸⁾. Ainda assim, o Tratado de Lisboa deixou aos Estados-Membros a possibilidade de accionarem um “travão de emergência” relativamente aos aspectos fundamentais dos seus sistemas de justiça penal, conferindo aos restantes Estados-Membros a via da cooperação reforçada para adopção das medidas em causa. Mantém-se a exigência de unanimidade no Conselho para criação da Procuradoria Europeia; para o alargamento dos elementos de processo penal relativamente aos quais podem ser estabelecidas regras mínimas harmonizadas; para a identificação de domínios de criminalidade adicionais relativamente aos quais podem ser estabelecidas regras mínimas quanto à definição das infracções e sanções; e para o estabelecimento de medidas operacionais de cooperação policial para as acções judiciais e policiais pelas autoridades de um EM fora do seu território. Continua, pois, a existir um direito de veto dos EM relativamente a certas matérias. Porém, os efeitos desse direito de veto são mitigados pela sua supressão em algumas matérias e por via da autorização para o estabelecimento de cooperações reforçadas em caso de ausência de unanimidade, abrindo a porta a uma Europa com velocidades cada vez mais diferenciadas.

Finalmente, o Tratado de Lisboa reforça a protecção dos direitos fundamentais na UE. Não só é reconhecida expressamente no articulado dos Tratados a vinculatividade dos direitos, liberdades e princípios constantes da CDFUE, conferindo-lhe vinculatividade jurídica, ao nível do direito primário (podendo a sua violação ser sindicada directamente perante o Tribunal de Justiça)⁽⁷⁹⁾, como também é assumida a obrigação de a UE se tornar parte da CEDH⁽⁸⁰⁾.

(77) Esta é a regra geral consagrada no art. 16.º, n.º 3, do TUE, relativamente à qual podem existir excepções previstas nos Tratados, como sucede em matéria da cooperação policial e judiciária penal.

(78) Art. 76.º do TFUE.

(79) Art. 6.º, n.º 1, do TUE-LX.

(80) Art. 6.º, n.º 2, do TUE-LX.

As inovações do Tratado de Lisboa far-se-ão sentir, porém, gradualmente. Com efeito, o Tratado de Lisboa estabelece um regime transitório com a duração de cinco anos específico para os actos adoptados no domínio do antigo terceiro pilar⁽⁸¹⁾. Os instrumentos do terceiro pilar referentes à cooperação judiciária em matéria penal continuarão a produzir efeitos enquanto não forem revogados, anulados ou alterados⁽⁸²⁾. Durante este período, relativamente aos instrumentos adoptados antes de 01.12.2009, a Comissão não poderá fazer uso da acção de incumprimento prevista no art. 258.º do TFUE e as competências do Tribunal de Justiça continuarão a reger-se pelo antigo art. 35.º do TUE⁽⁸³⁾. As novas competências da Comissão e do TJ terão, porém, aplicação imediata em caso de alteração daqueles actos⁽⁸⁴⁾. Igualmente durante este período, e no máximo até seis meses antes do seu *terminus*, o Reino Unido⁽⁸⁵⁾ pode notificar a UE de que não aceita a jurisdição do TJ relativamente aos antigos instrumentos do terceiro pilar que não forem alterados. Nessa eventualidade, tais instrumentos deixarão de ser aplicáveis ao Reino Unido, embora este EM possa, posteriormente ao decurso do período transitório, decidir voltar a participar nos actos que tiverem deixado de lhe ser aplicáveis, valendo quanto a estes as competências das instituições e órgãos da UE como definidas no TUE-LX e no TFUE.

Relativamente a este elemento adicional de *geometria variável* — *opt-in e opt-out* — e como regra geral, tanto o Reino Unido como a Irlanda não participam nos actos adoptados no domínio do Título V da Parte III do TFUE (ELSJ). Podem, porém, no prazo de três meses a contar da apresentação de uma proposta neste domínio, declarar que pretendem participar nesse instrumento concreto, sendo que a impossibilidade de adopção decorrente da posição

(81) Título VII do Protocolo n.º 36 relativo às disposições transitórias anexo aos Tratados. O período transitório vai de 01.12.2009 a 01.12.2014.

(82) Art. 9.º do Protocolo n.º 36 relativo às disposições transitórias.

(83) Art. 10.º, n.º 1, do Protocolo n.º 36 relativo às disposições transitórias. Sobre as competências do TJ ao abrigo do art. 35.º do TUE, cf. *infra* IV.e).

(84) Art. 10.º, n.º 2, do Protocolo n.º 36 relativo às disposições transitórias.

(85) Cf. art. 10.º, n.ºs 4 e 5, do Protocolo n.º 36 relativo às disposições transitórias.

destes países não impede a adopção do acto pelo Conselho⁽⁸⁶⁾. Poderão ainda aderir posteriormente ao instrumento em causa⁽⁸⁷⁾. Estas regras são também aplicáveis em caso de alteração de instrumentos anteriores à entrada em vigor do Tratado de Lisboa (sem prejuízo do disposto no Protocolo relativo ao acervo de Schengen). A Dinamarca também não participa na adopção pelo Conselho das medidas propostas em aplicação do Título V da Parte III do TFUE⁽⁸⁸⁾, permanecendo porém, quanto a este EM, aplicáveis os actos adoptados no quadro do antigo terceiro pilar e alterados durante a vigência do Tratado de Lisboa, na redacção anterior à alteração⁽⁸⁹⁾. Relativamente às propostas destinadas a desenvolver o acervo de Schengen, a Dinamarca pode decidir participar nelas, através da sua consagração no direito interno. Existirão, neste caso, obrigações de direito internacional público comum entre a Dinamarca e os restantes EM⁽⁹⁰⁾. A Dinamarca poderá a todo o tempo decidir-se pela participação parcial ou integral no ELSJ⁽⁹¹⁾.

Analisemos, agora, de forma mais próxima, as disposições actuais dos Tratados relativas ao ELSJ.

Deve, antes de mais, ser tido em conta que as competências da União se regem pelo princípio das competências por atribuição⁽⁹²⁾, podendo apenas a União actuar dentro dos limites das competências que, para o efeito, lhe foram atribuídas pelos EM. Ou seja, a União apenas terá competências em matéria penal se e enquanto estas lhe tiverem sido atribuídas pelos Tratados para prosseguir os seus fins⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁶⁾ Cf. art. 3.º do Protocolo n.º 21 anexo aos Tratados.

⁽⁸⁷⁾ Art. 4.º do Protocolo n.º 21 anexo aos Tratados. Aplicar-se-ão, neste caso, as disposições previstas para a adesão à cooperação reforçada, devidamente adaptadas.

⁽⁸⁸⁾ Cf. art. 1.º do Protocolo n.º 22 anexo aos Tratados.

⁽⁸⁹⁾ Art. 2.º do Protocolo n.º 22 anexo aos Tratados.

⁽⁹⁰⁾ Art. 4.º do Protocolo n.º 22 anexo aos Tratados.

⁽⁹¹⁾ Art. 7.º do Protocolo n.º 22 anexo aos Tratados. De acordo com o art. 8.º do mesmo Protocolo, a Dinamarca poderá ainda alterar a sua posição quanto à participação no ELSJ, passando a ter um regime mais semelhante (embora não inteiramente coincidente) ao do Reino Unido e ao da Irlanda.

⁽⁹²⁾ Art. 5.º do TUE-LX.

⁽⁹³⁾ Quanto à extensão e regras de exercício das competências, cf. o art. 2.º, n.º 6, do TFUE.

Dentro das finalidades dos Tratados destaca-se o ELSJ, consagrado, logo em segundo lugar (antes do mercado interno), como objectivo da União, no art. 3.º, n.º 2, do TUE-LX: “*A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno*”⁽⁹⁴⁾.

O estabelecimento do ELSJ é, pois, um objectivo que a União está habilitada a prosseguir através das competências que lhe foram atribuídas pelos EM. Dentro do quadro de competências da União, o ELSJ releva da competência partilhada entre a UE e os EM⁽⁹⁵⁾. Desta forma, tanto a UE como os EM podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos relativamente às matérias incluídas nos preceitos relativos ao ELSJ, sendo que os EM exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua⁽⁹⁶⁾. Tendo a União exercido a sua competência, poderão os EM ainda assim voltar a exercê-la se a União deixar de o fazer.

As competências atribuídas nos Tratados devem, pois, ser interpretadas de acordo com esta finalidade, mas sempre tendo em conta, quanto à sua delimitação, o princípio das competências por atribuição⁽⁹⁷⁾, e quanto ao seu exercício, os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade⁽⁹⁸⁾, bem como os limites impostos pelos direitos, liberdades e princípios constantes da CDFUE e da CEDH.

Os Tratados determinam, pois, até onde se estende concretamente a competência da União em matéria do ELSJ⁽⁹⁹⁾, nas dispo-

(94) Foi acrescentada, relativamente à anterior redacção do art. 2.º, 4.º travessão, do TUE, a expressão “*sem fronteiras internas*”. Cf. também a referência no preâmbulo do TUE-LX “*Resolvidos a facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos, através da criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, nos termos das disposições do presente Tratado e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.*”

(95) Art. 4.º, n.º 2, al. j), do TFUE.

(96) Art. 2.º, n.º 2, do TFUE.

(97) Arts. 4.º, n.º 1, e 5.º, n.ºs 1 e 2, do TUE-LX.

(98) Art. 5.º, n.ºs 1, 3, e 4, do TUE-LX.

(99) Art. 2.º, n.º 6, do TFUE.

sições dos arts. 67.º ss do TFUE (Título V — o Espaço de liberdade, segurança e justiça — da Parte III — políticas da União).

O art. 67.º concretiza a definição do ELSJ, precisando no n.º 1 que “*a União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros*”. Tal afirmação não pode deixar de significar que o objectivo consagrado no art. 3.º, n.º 2, do TUE — estabelecer um espaço de livre circulação de pessoas, sem fronteiras internas — tem que ser realizado em torno destes dois eixos fundamentais: de forma a garantir que não exista qualquer retrocesso em matéria de protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos e de forma a salvaguardar as tradições e a identidade dos sistemas jurídicos nacionais. A referência aos direitos fundamentais constante do art. 67.º, n.º 1, deve ser lida em consonância com o art. 6.º do TUE-LX, reportando-se pois: (i) aos direitos fundamentais constantes da CDFUE; (ii) aos direitos fundamentais resultantes das tradições constitucionais dos EM; (iii) aos direitos fundamentais constantes da CEDH. Tal referência aos direitos fundamentais não deve, em nossa opinião, ser confundida com a referência às liberdades fundamentais estabelecidas no Tratado. O que não lhes retira relevância, pois o ELSJ não pode por natureza ser compreendido ou sequer concebido sem essas liberdades, pois são elas próprias que estão na base do conceito de liberdade de circulação no espaço único, primeiro do cidadão no papel económico, depois simplesmente como cidadão da União. As disposições em matéria do ELSJ terão, pois, outrossim, quer respeitar as liberdades estabelecidas nos Tratados, não podendo impedir⁽¹⁰⁰⁾ a sua realização efectiva.

O n.º 3 do art. 67.º, relativo à matéria penal, concretiza ainda que a União se esforçará para garantir um elevado nível de segurança através de medidas de prevenção e combate à criminalidade, ao racismo e à xenofobia, através de medidas de cooperação e coordenação entre autoridades policiais e judiciais e outras auto-

⁽¹⁰⁰⁾ Salvo se essas liberdades colocarem em causa a ordem pública dos EM, nos termos gerais dos Tratados.

ridades competentes; através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal; e, se necessário, através da aproximação das legislações penais nacionais. As disposições ora enunciadas devem ser sempre tidas em conta na interpretação das competências da União em matéria do ELSJ, bem como dos actos adoptados no exercício de tais competências. Reveste particular importância a redacção do art. 67.º, n.º 3, do TFUE, ao consagrar expressamente, com a expressão “se necessário”, os princípios da proporcionalidade e subsidiariedade na actuação da União. O princípio da subsidiariedade dita que a intervenção da UE nesta matéria só pode ter lugar se as finalidades da União não puderem ser eficazmente prosseguidas pela acção dos EM a nível interno. O princípio da proporcionalidade impõe o primado da utilização das medidas que afectam os sistemas nacionais (aqui concretamente instrumentos de cooperação e coordenação e reconhecimento mútuo), sublinhando o carácter de *ultima ratio* da harmonização. O princípio da proporcionalidade deverá ainda limitar a acção penal da UE àquela estritamente necessária, no que toca às restrições de direitos e liberdades fundamentais, a prosseguir interesses fundamentais ou proteger direitos e liberdades de terceiros (art. 52.º, n.º 1, da CDFUE).

No campo das disposições gerais, deve ainda atentar-se na competência do Conselho Europeu para “*definir orientações estratégicas da programação legislativa e operacional*” no ELSJ⁽¹⁰¹⁾, de que é exemplo o actual Programa de Estocolmo⁽¹⁰²⁾.

Importante⁽¹⁰³⁾ é o papel conferido aos Parlamentos Nacionais no tocante à cooperação judiciária em matéria penal e à cooperação policial entre os EM, cabendo-lhes o controlo do respeito pelo princípio da subsidiariedade⁽¹⁰⁴⁾. Caso um quarto dos Parlamentos nacionais considere que não foi respeitado o princípio da

⁽¹⁰¹⁾ Art. 68.º do TFUE. Nas restantes políticas, as orientações são definidas pelo Conselho sob proposta da Comissão — vg. art. 26.º, n.º 3, do TFUE.

⁽¹⁰²⁾ Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:PT:PDF>>.

⁽¹⁰³⁾ Se exercido de forma pró-activa.

⁽¹⁰⁴⁾ Art. 69.º do TFUE e Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

subsidiariedade, a iniciativa em causa terá de ser reavaliada, e, caso exista maioria simples dos Parlamentos nacionais, a proposta terá de ser reavaliada e, caso se mantenha, a questão do respeito pelo princípio da subsidiariedade será objecto de deliberação expressa pelo Parlamento Europeu e Conselho, podendo a proposta não ser adoptada, em caso de oposição por maioria de 55% dos membros do Conselho ou por maioria dos votos expressos no Parlamento Europeu⁽¹⁰⁵⁾. Pode ser interposto pelos EM recurso de anulação de um acto da União com fundamento na violação do princípio da subsidiariedade, podendo os Parlamentos nacionais, nos termos do direito interno, deliberar que seja interposto esse recurso em nome do EM respectivo⁽¹⁰⁶⁾.

As disposições relativas ao ELSJ não podem resultar em interferência com o exercício das responsabilidades dos EM em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna, não se alterando aqui o quadro jurídico dos Tratados relativamente ao período anterior a Lisboa⁽¹⁰⁷⁾.

Finalmente, deve ter-se em atenção que — ao contrário da regra geral que é, agora em todas as matérias, a do monopólio de iniciativa da Comissão — os actos adoptados no domínio da cooperação judiciária em matéria penal (assim como no domínio da cooperação policial) podem ser adoptados sob proposta da Comissão ou por iniciativa de um quarto dos EM⁽¹⁰⁸⁾. Esta possibilidade contribui para mitigar a passagem do método intergovernamental para a integração supranacional.

Atentando concretamente no capítulo da cooperação judiciária em matéria penal (arts. 82.º a 86.º do TFUE)⁽¹⁰⁹⁾, os Tratados atribuem competência à União em matéria de: cooperação judiciária

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. art. 7.º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

⁽¹⁰⁶⁾ Art. art. 8.º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

⁽¹⁰⁷⁾ Art. 72.º do TFUE e art. 33.º do TUE, na anterior redacção.

⁽¹⁰⁸⁾ Art. 76.º do TFUE. Esta diferença reflectir-se-á no próprio procedimento legislativo.

⁽¹⁰⁹⁾ As disposições em matéria de cooperação policial estão consagradas em capítulo próprio, nos arts. 87.º a 89.º do TFUE.

ria e processo penal (art. 82.º), direito penal substantivo (art. 83.º), prevenção da criminalidade (art. 84.º), da cooperação por meio da Eurojust (art. 85.º) e do estabelecimento de uma Procuradoria Europeia (art. 86.º). Deverá ter-se sempre presente que, quer em face dos princípios gerais relativos à atribuição de competências à UE, quer, em particular, em decorrência da natureza restritiva das liberdades individuais característica do direito penal e processual penal — ramos do direito que, por esse motivo, pertencem ao núcleo da soberania estatal — as disposições dos Tratados que atribuem competência em matéria penal à UE devem ser interpretadas de forma restritiva, bem como deve recurso a tal competência ser particularmente justificado⁽¹¹⁰⁾.

b) O direito processual penal

O Tratado de Lisboa diferencia claramente, dentro da cooperação judiciária em matéria penal, o direito processual penal e da cooperação judiciária em matéria penal, por um lado, e o direito penal substantivo, por outro. O art. 82.º constitui a base legal para a actuação da União relativamente aos primeiros. A redacção do preceito é simples numa leitura inicial, mas a tentativa de exegese mais atenta suscita algumas dificuldades.

O primeiro aspecto a salientar é a consagração no Tratado do princípio do reconhecimento mútuo como princípio-base (ou pedra angular, na nomenclatura de Tampere) da cooperação judiciária em matéria penal na União⁽¹¹¹⁾. O princípio do reconhecimento mútuo abrange todas as decisões judiciais⁽¹¹²⁾ e é complementado com a “*aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se refere o n.º 2 [do art. 82.º] e o art. 83.º*” que, como já vimos, apenas entra em jogo quando se

⁽¹¹⁰⁾ Neste sentido, BERND SCHÜNEMMAN, *Spät kommt ihr; doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG* (como na nota 2), 393 (395).

⁽¹¹¹⁾ Art. 82.º, n.º 1, § 1.º, do TFUE

⁽¹¹²⁾ O termo *judicial* deve aqui ser interpretado cuidadosamente, pois poderá tratar-se, em alguns casos, de decisões judiciais, na terminologia nacional (como sucedeu no caso *Gözütok e Brügger* — ACTJ de 11.11.2003, processos C-187/01 e C-385).

revele insuficiente a acção dos EM a nível nacional, como é pressuposto geral de qualquer acção da UE, bem como quando a acção da própria UE com base no reconhecimento mútuo seja insuficiente.

A adopção desde princípio para o ELSJ não tem sido, porém, isenta de crítica⁽¹¹³⁾. Com efeito, a transposição do princípio do mercado interno para o ELSJ esquece que, enquanto o objectivo do primeiro é o próprio estabelecimento da liberdade de circulação de mercadorias, o objectivo do processo penal é a prossecução penal com o respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito, ou, nas palavras de SATZGER, a realização de um processo justo⁽¹¹⁴⁾. Enquanto na circulação de mercadorias a transposição de fronteiras não afecta a qualidade do produto, na circulação de decisões em matéria penal a transposição da fronteira pode afectar irremediavelmente os direitos fundamentais dos visados nos processos em causa. Com efeito, uma mercadoria é uma realidade palpável, cuja constituição, qualidades, configuração ou efeitos não se alteram com a circulação entre os EM. Já a decisão judicial é uma construção jurídica cujos fundamentos, qualidades, configuração ou efeitos apenas se mantêm inalterados dentro da ordem jurídica onde a decisão foi proferida. Ademais, mesmo no antigo primeiro pilar o princípio do reconhecimento mútuo foi aplicado com cautela e sujeito a uma cláusula de ordem pública⁽¹¹⁵⁾, o que não tem

⁽¹¹³⁾ O reconhecimento no pressuposto de existência de um *standard* comum tem vindo a ser posto em causa, tal como a própria existência de confiança mútua entre os EM. Defendendo a necessidade da harmonização das legislações penais, para o estabelecimento do ELSJ e como condição do reconhecimento mútuo, ANNE WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, pp. 135-255, 335-343. No projecto de BERND SCHÜNEMMAN (ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Heymann, 2006, é proposto um sistema alternativo para a justiça penal europeia. Neste sistema, é consagrando um "processo transnacional", aplicável sempre que a prossecução penal de um crime coloque em conexão várias ordens jurídicas da UE. Este processo é liderado por um EM cujo direito penal e processual penal é inteiramente aplicável e ao abrigo do qual deve, por exemplo, ser produzida a prova.

⁽¹¹⁴⁾ HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 163.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. art. 30.º do TCE e actual art. 36.º do TFUE.

acontecido no domínio do direito penal, onde ainda mais se justifica a utilização de cláusulas desse tipo⁽¹¹⁶⁾.

Outro princípio desenvolvido no domínio da cooperação em matéria penal, em particular na cooperação policial, na prevenção e na investigação criminal é o princípio da disponibilidade, introduzido com o Programa da Haia⁽¹¹⁷⁾. Segundo este princípio, aplicável ao intercâmbio de informação, será obrigatório para os EM disponibilizar a informação solicitada pelos agentes de aplicação da lei dos outros EM e da Europol, para efeitos de prevenção, detecção e investigação de infracções penais⁽¹¹⁸⁾. Não obstante a sua “confirmação” pelo Programa de Estocolmo⁽¹¹⁹⁾, este princípio não mereceu consagração expressa nos Tratados⁽¹²⁰⁾. Constituem exemplo de instrumentos baseados neste princípio o Tratado de Prüm, celebrado fora do quadro institucional da UE, mas integrado neste em parte⁽¹²¹⁾, bem como os instrumentos em matéria de Registo Crimi-

⁽¹¹⁶⁾ V. HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 163, e a doutrina aí citada na nota 50.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. ponto 4.2.2. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:PT:PDF>>.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. Ponto 2.1 do Programa de Haia: “*O Conselho Europeu está convicto de que o reforço da liberdade, da segurança e da justiça exige uma abordagem inovadora do intercâmbio transfronteiras de informações sobre a aplicação da lei. O simples facto de as informações atravessarem as fronteiras deveria deixar de ser relevante. A partir de 1 de Janeiro de 2008, o intercâmbio dessas informações deverá passar a reger-se pelas condições a seguir expostas relativas à aplicação do princípio da disponibilidade, o que significa que, em toda a União, um funcionário responsável pela aplicação da lei de um Estado-Membro que necessite de determinadas informações para poder cumprir as suas obrigações as pode obter de outro Estado-Membro, e que o serviço de aplicação da lei do outro Estado-Membro que detém essas informações as disponibilizará para os efeitos pretendidos, tendo em conta a necessidade dessas informações para as investigações em curso nesse Estado*”.

⁽¹¹⁹⁾ Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:PT:PDF>>.

⁽¹²⁰⁾ Nem é conhecido o destino da proposta de DQ sobre o princípio apresentada em 2005 pela Comissão. Cf. também a Proposta de DQ [COM (2005) 490 final]. Sobre o intercâmbio de informação na UE cf. a recente Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho — Apresentação geral da gestão da informação no domínio da liberdade, segurança e justiça [COM(2010)385 final] — disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0385:FIN:PT:DOC>>.

⁽¹²¹⁾ A Decisão Prüm de 2008, que deve ser transposta até Agosto de 2011, estabelece as normas aplicáveis ao intercâmbio transfronteiriço de perfis de ADN, impressões

nal que prevêem a criação de um Sistema Europeu de Registo Criminal (ECRIS)⁽¹²²⁾. Este princípio não só constitui uma melhoria da efectividade da prossecução penal na UE à custa dos direitos dos arguidos ou suspeitos em processos dessa natureza como, além do mais, levanta sérias questões em matéria de protecção de dados⁽¹²³⁾.

Na leitura do art. 82.º do TFUE devem distinguir-se claramente duas formas de actuação alternativas: a contida no art. 82.º, n.º 1, § 2.º e a contida no n.º 2.

Ao abrigo do art. 82.º, n.º 1, § 2.º, a União deverá adoptar — com base no princípio do reconhecimento mútuo ou para assegurar a efectividade deste — medidas relativas a: *a)* regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a UE de todas as formas de sentenças e decisões judiciais; *b)* prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os EM; *c)* apoiar a formação de magistrados e de funcionários e agentes de justiça⁽¹²⁴⁾; *d)* facilitar a cooperação entre as autoridades judiciais ou outras equivalentes dos EM, no âmbito da investigação e do exercício da acção penal, bem como da execução de decisões.

As medidas podem ser adoptadas fazendo uso de qualquer dos instrumentos jurídicos à disposição da União — sendo os vinculativos a Directiva, o Regulamento e a Decisão — uma vez que o Tratado não define qual o tipo de instrumento a utilizar⁽¹²⁵⁾.

digitais, dados de registo de veículos e informações acerca de presumíveis autores de planos de ataques terroristas. Decisão 2008/615/CE do Conselho <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:210:0001:0011:PT:PDF>>; Decisão 2008/616/JAI do Conselho <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:210:0012:0072:PT:PDF>>.

⁽¹²²⁾ Intercâmbio de informações sobre registos criminais (DQ 2009/315/JAI, do Conselho, de 26.02.2009) e sistema europeu de informação sobre os registos criminais — ECRIS (Decisão 2009/316/JAI do Conselho, de 6.04.2009).

⁽¹²³⁾ Neste sentido, HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 173. Relativamente ao problema da protecção de dados, recomenda-se ainda a leitura do parecer da Agência Europeia de Protecção de Dados relativamente à proposta de DQ sobre o princípio da disponibilidade (2006/C 116/04) — disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006X0517\(01\):PT:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006X0517(01):PT:NOT)>.

⁽¹²⁴⁾ Uma correcta interpretação do preceito deverá incluir nele também os advogados.

⁽¹²⁵⁾ Cf. arts. 288.º e 296.º do TFUE.

O Tratado permite, pois, o estabelecimento de regras conducentes ao reconhecimento mútuo de qualquer decisão judiciária (ou mesmo de autoridades equivalentes!)(¹²⁶) dentro do espaço da UE (com base nas alíneas *a*) e *d*), do n.º 1, do art. 82.º, do TFUE). Mais ainda, permite fazê-lo com base em Regulamentos directamente aplicáveis nos EM, criando verdadeiro direito processual penal da UE. Acresce ainda que o “travão de emergência”(¹²⁷) não é aplicável às iniciativas adoptadas nos termos do n.º 1. A título exemplificativo dos instrumentos que poderão vir a ser aprovados com base neste normativo, podemos referir que se encontra actualmente em negociação uma Proposta de Directiva do Parlamento e do Conselho relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal (2010/C 165/02)(¹²⁸).

O âmbito de aplicação do presente preceito deve, porém, delimitar-se cuidadosamente face ao n.º 2 do art. 82.º do TFUE. Uma análise global do art. 82.º terá forçosamente de conduzir à conclusão de que não é possível a harmonização do processo penal nacional com base no n.º 1. Não faria sentido prever, no n.º 2, um catálogo exaustivo de domínios de harmonização, relativamente aos quais os EM têm ao seu dispor o “travão de emergência”, para se permitir a harmonização dos processos penais nacionais sem quaisquer limites através do n.º 1. SATZGER leva a cabo uma delimitação com a qual não podemos deixar de concordar(¹²⁹): o n.º 1 apenas permite a harmonização relativamente ao processo penal “em sentido amplo”, ou seja, relativamente aos aspectos da coope-

(¹²⁶) Como poderá ser o caso de entidades de natureza semelhante a um órgão de polícia criminal.

(¹²⁷) Cf. *infra* p. 794.

(¹²⁸) Sobre esta proposta, cf. LORENA BACHMAIER WINTER, *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive*, ZIS 9/2010, 580-589, e, da mesma autora, *La orden europea de investigación y el principio de proporcionalidad*, Revista General de Derecho Europeo 25 (2011). O texto da Proposta está disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:165:0022:0039:PT:PDF>>. A versão mais recente da Proposta em negociação pode ser consultada, em língua inglesa, em <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st07/st07014.en12.pdf>>.

(¹²⁹) HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), pp. 171-172.

ração entre os EM no domínio da justiça penal, nomeadamente o auxílio judiciário mútuo em matéria penal. Consequentemente, as iniciativas conducentes a um incremento da cooperação e à implementação directa do princípio do reconhecimento mútuo terão, em princípio (desde que não contenham disposições que afectem o direito penal nacional *em sentido estrito*), a sua base legal no n.º 1 do art. 82.º do TFUE.

Apenas nos domínios enunciados no n.º 2, e respeitados os pressupostos aí consagrados, pode a União levar a cabo a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos EM em matéria penal, afectando mesmo preceitos aplicáveis em processos sem conexão com outras ordens jurídicas, através de Directivas aprovadas segundo o processo legislativo ordinário⁽¹³⁰⁾.

Uma unificação das normas nacionais está excluída, pois trata-se de estabelecer *regras mínimas*. Estamos, portanto, no domínio da harmonização. A harmonização está também circunscrita, só podendo ser utilizada na medida em que seja necessária para “*facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça*”. A correcta interpretação deste preceito, em conjunto com o art. 67.º, n.º 3, do TFUE, impõe a limitação do recurso à harmonização aos casos em que esta seja “necessária” e não apenas “conveniente” ao estabelecimento do princípio do reconhecimento mútuo, como poderia parecer indicar a utilização da palavra “facilitar” no art. 82.º, n.º 2, do TFUE. As regras mínimas terão de respeitar as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos EM⁽¹³¹⁾, até sob pena da utilização do mecanismo estabelecido no n.º 3 do art. 82.º do TFUE, que trataremos *infra*, conjuntamente com o mecanismo idêntico aplicável para o direito penal substantivo⁽¹³²⁾.

⁽¹³⁰⁾ Neste sentido HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 172. Esta interpretação não é unívoca, sendo previsível a existência de posições defendendo que a harmonização prevista no art. 82.º, n.º 2, do TFUE, apenas pode aplicar-se em processos “transnacionais”, sobretudo pela parte dos EM no Conselho (posição que foi já aludida em sede de negociações).

⁽¹³¹⁾ Art. 82.º, n.º 2, § 1.º, parte final.

⁽¹³²⁾ Cf. *infra* p. 794.

Deve salientar-se que os Tratados não impedem os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de protecção, para além das regras mínimas. Tal disposição não afasta, porém, de forma contundente, os receios de que, ao invés de manterem níveis maiores de protecção, os EM se adaptem às regras mínimas, diminuindo o nível de garantias vigente. Seria a chamada harmonização pelo nível mínimo. São estes receios que justificam a exigência de que os instrumentos relativos à harmonização em matéria de processo penal se orientem, não pelo *standard* mínimo — por exemplo, o da CEDH — mas sim por um elevado nível de protecção⁽¹³³⁾.

Os domínios em que está prevista a adopção de regras mínimas são: (i) a admissibilidade mútua dos meios de prova entre os EM⁽¹³⁴⁾; (ii) os direitos individuais em processo penal⁽¹³⁵⁾; (iii) os direitos das vítimas da criminalidade⁽¹³⁶⁾; (iv) outros elementos específicos do processo penal. Neste último caso, é necessária unanimidade no Conselho.

Relativamente aos direitos dos visados nos processos penais, deve salientar-se a adopção, como parte do Programa de Estocolmo, do Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos sus-

⁽¹³³⁾ Cf., neste sentido, representativamente, HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), pp. 175-176, afirmando que um processo penal livre de críticas do ponto de vista do princípio do Estado de direito e digno da UE não pode ser concebido sem a concomitante garantia de *standards* mínimos de direito processual penal que excedam claramente os da CEDH.

⁽¹³⁴⁾ A Comissão iniciou, ainda antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, um processo de consulta relativamente a esta matéria, que está longe de reunir consenso — cf. Livro Verde sobre a obtenção de provas em matéria penal entre Estados-Membros e a garantia de admissibilidade dessas provas [COM(2009)624 final]. O estabelecimento de regras mínimas neste domínio não deve, porém, confundir-se com as regras aplicáveis à transmissão da prova entre EM, muito embora ambas sejam abordadas no Livro Verde.

⁽¹³⁵⁾ Além dos direitos dos visados nos processos penais, HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 177, inclui nesta alínea a harmonização de regras relativas a outras pessoas, como, por exemplo, regras relativas à protecção de testemunhas.

⁽¹³⁶⁾ Cf. neste domínio os instrumentos em vigor: estatuto da vítima (DQ 2001/220/JAI do Conselho, de 15.03.2001); indemnização (Directiva 2004/80/CE, do Conselho de 29.04.2004). Cf. também os Acórdãos do TJ *Pupino*, processo C-105/03, de 16.06.2005, *Katz*, C-404/07, de 09.10.2008, e *Dell'Orto*, processo C-467/05, de 28.06.2007.

peitos ou acusados em processos penais⁽¹³⁷⁾. Tem vindo a ser reconhecido pelas instituições da UE que a confiança mútua entre as autoridades judiciais dos EM passa pelo efectivo cumprimento de determinadas garantias processuais. Reconhecimento esse que não teve, porém, até há bem pouco tempo, reflexos normativos concretos manifestados na adopção dos instrumentos jurídicos relevantes. Com efeito, esteve em discussão uma Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa a certos direitos processuais no âmbito dos processos penais na União, cuja adopção, mesmo reduzida a uma versão minimalista⁽¹³⁸⁾, falhou em 2007⁽¹³⁹⁾.

Destarte, até há bem pouco tempo não tinha sido aprovado qualquer instrumento da União no domínio da protecção dos direitos dos arguidos, estabelecendo um *standard* comum igualmente aplicável em todos os EM. Circunstância que tinha vindo — e continua — a suscitar na doutrina severas críticas quanto à afectação do equilíbrio entre acusação e defesa causado pelo aprofundamento da cooperação penal na UE⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁷⁾ Cf. JO C 295, de 4.12.2009 (2009/C 295/01).

⁽¹³⁸⁾ Um exemplo de harmonização pelo *standard mínimo*.

⁽¹³⁹⁾ Proposta de DQ do Conselho relativa a certos direitos processuais no âmbito dos processos penais na União Europeia [COM (2004) 328]. A proposta regulava alguns direitos, tais como os direitos básicos à assistência de um advogado; a compreender «a natureza e a causa da acusação» e a obter, gratuitamente, a tradução de documentos e a assistência de intérprete; a comunicar a detenção a familiares, autoridades consulares e organizações humanitárias e a beneficiar da sua assistência; a ser informado dos seus direitos. Ficavam de fora direitos tão relevantes como o direito ao silêncio, direito ao duplo grau de jurisdição, etc. A exposição de motivos da proposta refere não se tratar de excluir outros direitos, mas sim de dar prioridade àqueles que mais interferem no reconhecimento mútuo e à protecção de partes mais vulneráveis no processo, sem prejuízo de medidas futuras no campo das garantias de defesa. Sobre a proposta, cf. CARLOS PINTO DE ABREU/VÂNIA COSTA RAMOS, «Parecer sobre a proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa a certos direitos processuais no âmbito dos processos penais na União Europeia», in CDHOA, *Direitos Humanos — Cidadania e Igualdade*, Principia, 2006, pp. 125-151; VÂNIA COSTA RAMOS, «Conferência de Primavera da ECBA — Garantias Processuais no Processo Penal: e agora?», disponível em <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=44023&ida=56310> (09.10.2010); VÂNIA COSTA RAMOS, «Forum Direitos Fundamentais nos Processos Penais na Europa», in CDHOA, *Direitos Fundamentais — Multiculturalismo e Religiões*, Principia, 2007, pp. 273-286.

⁽¹⁴⁰⁾ Representativamente, v. BERND SCHÜNEMMAN, *Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens*, StV 2/2003, 116 (122), que considera inaceitável as duas velocidades distintas para a evolução da componente punitiva do direito

Os direitos dos arguidos permanecem, na sua esmagadora maioria, regulados concretamente apenas no plano interno, no âmbito dos processos penais nacionais. Nos sistemas internos, por terem de ser compatíveis com o normativo da CEDH, poderá descortinar-se um mínimo comum de garantias nos EM. No entanto, constata-se a ausência de protecção para as realidades próprias da UE, bem como grandes disparidades a nível da implementação prática das garantias⁽¹⁴¹⁾. Na cooperação penal no ELSJ, os instrumentos e medidas adoptadas também não estão isentos da obrigação de respeito dos direitos do arguido considerados fundamentais, conforme o art. 6.º do TUE-LX (e também não estavam absolutamente eximidos desse respeito na vigência do antigo art. 6.º, n.º 2, do TUE). Entre os sistemas internos e o sistema de cooperação do ELSJ, poderá, também por esta via, encontrar-se um mínimo comum de direitos garantidos. A imposição de adopção de mínimos de compatibilidade com a CEDH, desprovidos de sindicabilidade em tempo real e de eficácia directa para os organismos da UE, é, porém, insuficiente para uma Comunidade de Direito (*Rechtsgemeinschaft*) como a UE, tanto mais quanto consideremos estarmos perante um sistema punitivo transnacional em desenvolvimento, com uma cada vez mais alargada possibilidade de acção transfronteiriça por parte das autoridades nacionais⁽¹⁴²⁾ e de acção supranacional por parte de instituições da UE.

O Roteiro (*Roadmap*)⁽¹⁴³⁾ prevê a adopção de iniciativas neste domínio numa abordagem *step-by-step*, prevendo seis medidas a adoptar nos seguintes domínios: a) tradução e interpreta-

penal da UE, por um lado, e para a consagração inequívoca e consequente dos direitos reconhecidos como essenciais ao arguido em qualquer Estado de direito.

⁽¹⁴¹⁾ Cf. o Estudo comparado de ED CAPE/ZAZA NAMORADZE/ROGER SMITH/TARU SPONKEN (orgs.), *Effective Criminal Defence in Europe* (como na nota 14).

⁽¹⁴²⁾ Neste sentido também BERND SCHÜNEMMAN, *Bürgerrechte ernst nehmen bei der Europäisierung des Strafverfahrens* (como na nota 140), 116 *passim*. Cf. ainda o preâmbulo da Resolução final do Fórum da DAV “Direitos Fundamentais nos Processos Penais na Europa”. Cf. relatório da conferência e tradução da resolução final para a língua portuguesa — VÂNIA COSTA RAMOS, «Forum Direitos Fundamentais nos Processos Penais na Europa», in CDHOA, *Direitos Fundamentais — Multiculturalismo e Religiões*, Princípi-a, 2007, pp. 273-286.

⁽¹⁴³⁾ Cf. *supra* p. 778.

ção⁽¹⁴⁴⁾; b) informação sobre os direitos e sobre a acusação⁽¹⁴⁵⁾; c) patrocínio e apoio judiciários⁽¹⁴⁶⁾; d) comunicação com familiares, empregadores e autoridades consulares⁽¹⁴⁷⁾; e) garantias especiais para suspeitos ou acusados vulneráveis⁽¹⁴⁸⁾; f) livro verde sobre detenção antes da fase do julgamento⁽¹⁴⁹⁾.

Não podemos deixar de saudar — embora ainda não estejam a produzir efeitos práticos — a aprovação, seguindo o caminho traçado pelo Roteiro, dos primeiros instrumentos normativos estabelecendo *standards mínimos* em matéria e protecção das pessoas visadas nos processos penais na União Europeia: i) A Directiva

⁽¹⁴⁴⁾ “É indispensável que o suspeito ou acusado possa compreender o que se passa e se possa fazer entender. Se o suspeito ou acusado não falar ou não compreender a língua do processo, precisará de um intérprete e da tradução das peças processuais mais importantes. Deverá dar-se também especial atenção às necessidades dos suspeitos ou acusados com deficiências auditivas.”

⁽¹⁴⁵⁾ “O suspeito ou acusado deverá ser informado dos seus direitos fundamentais, oralmente ou, quando adequado, por escrito, nomeadamente mediante uma declaração de direitos. Deverão, além disso, ser-lhe prestadas sem demora informações sobre a natureza e os motivos das acusações que sobre ele recaem. A pessoa sobre a qual recaia uma acusação terá direito a receber, no momento oportuno, as informações necessárias para a preparação da sua defesa, no pressuposto de que tal não deverá prejudicar o bom desenrolar do processo penal”.

⁽¹⁴⁶⁾ “O direito do suspeito ou acusado num processo penal ao patrocínio judiciário (através da assistência de um advogado) na fase mais precoce e oportuna do processo é fundamental para garantir a equidade do mesmo; o direito ao apoio judiciário deverá garantir um acesso efectivo ao patrocínio judiciário.”

⁽¹⁴⁷⁾ “O suspeito ou acusado privado de liberdade deverá ser prontamente informado do seu direito a que pelo menos uma pessoa, como um familiar ou empregador, seja informada da sua privação de liberdade, no pressuposto de que tal não deverá prejudicar o bom desenrolar do processo penal. Além disso, o suspeito ou acusado privado de liberdade num Estado que não o seu deverá ser informado do seu direito a que as autoridades consulares competentes sejam informadas da sua privação de liberdade.”

⁽¹⁴⁸⁾ “Para garantir a equidade do processo, é importante que se dê especial atenção aos suspeitos ou acusados incapazes de compreender ou de acompanhar o conteúdo ou o significado do processo devido, por exemplo, à sua idade ou ao seu estado mental ou físico.”

⁽¹⁴⁹⁾ “O tempo de detenção antes do julgamento e durante a fase do julgamento varia consideravelmente de um Estado-Membro para outro. Períodos de detenção anterior ao julgamento excessivamente prolongados são prejudiciais para a pessoa em causa, podem prejudicar a cooperação judiciária entre Estados-Membros e não traduzem os valores que inspiram a União Europeia. As medidas adequadas a tomar neste contexto deverão ser analisadas num Livro Verde.”

2010/64/UE, do Parlamento e do Conselho de 20 de Outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo pena⁽¹⁵⁰⁾, e *ii*) a Directiva do Parlamento e do Conselho relativa ao direito à informação nos processos penais⁽¹⁵¹⁾. Está também em discussão uma proposta de Directiva sobre o direito de acesso a um advogado em processos penais e ao direito de comunicação após a detenção (que exclui do seu âmbito a questão do apoio judiciário)⁽¹⁵²⁾. Todos estes normativos, bem como a Proposta em negociação, têm como base jurídica o art. 82.º, n.º 2, do TFUE. É, para nós, evidente, que a aprovação destes instrumentos, embora positiva, não constitui ainda acervo suficiente para reequilibrar, a nível da União Europeia, a posição da Acusação e Defesa no processo penal. O caminho a percorrer é ainda longo, faltando, não só a aprovação de várias medidas, mas também que estas sejam implementadas *de forma efectiva*, com a respectiva transposição pelos Estados-Membros. De outra forma não passarão de meras declarações de intenção, sem garantir a devida protecção aos cidadãos da UE.

c) O direito penal substantivo

Deixando agora o direito processual penal e passando ao direito penal substantivo, os limites da competência da UE relativamente a este estão consagrados no art. 83.º do TFUE. Dentro do art. 83.º devem distinguir-se os números 1 (criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça) e 2 (competência

⁽¹⁵⁰⁾ Disponível para consulta em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:280:0001:01:PT:HTML>>.

⁽¹⁵¹⁾ O texto da proposta está disponível para consulta em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0392:FIN:PT:PDF>>. O texto final em língua inglesa está disponível em <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st18/st18410.en11.pdf>>. Apesar de aprovado, este instrumento ainda não foi publicado no Jornal Oficial. Antes da aprovação da proposta, foi elaborado um estudo comparado sobre as *letter of rights* dos vários Estados-Membros, publicado em TARU SPRONKEN, *An EU-wide Letter of Rights*, Intersentia, 2010.

⁽¹⁵²⁾ O texto da proposta está disponível para consulta em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0326:FIN:PT:PDF>>. A versão mais recente da Proposta em negociação pode ser consultada, em língua inglesa, em <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st07/st07337.en12.pdf>>.

acessória para harmonização do direito penal em matérias objecto de harmonização no domínio de outras políticas da União).

O art. 83.º, n.º 1, limita o estabelecimento, por meio de Directivas aprovadas segundo o processo legislativo ordinário⁽¹⁵³⁾, de regras mínimas quanto à definição das infracções e das sanções penais a determinados domínios de criminalidade e quando tais regras sejam necessárias para o combate à criminalidade grave transfronteiriça. A gravidade das infracções em causa terá de ser aferida por comparação com a danosidade social das categorias de criminalidade referenciadas no § 2.º do art. 81.º, n.º 1. Já o carácter transfronteiriço determina-se de acordo com a natureza ou incidência das infracções em causa, ou ainda com a especial necessidade de combate de base comum a determinada criminalidade. Quanto ao primeiro aspecto, poderá ensaiar-se uma tentativa de densificação como abrangendo as infracções que, por natureza, lesam ou colocam em perigo bens jurídicos em vários EM, ou bens jurídicos de natureza supranacional ou internacional, bem como aquelas que são praticadas numa base de actuação transnacional. Como tal, todas estas infracções são infracções com efeitos em dois ou mais EM ou na própria União. A especial necessidade de combate em comum não deverá decorrer de uma mera vontade política⁽¹⁵⁴⁾, devendo antes ser comprovada ou fortemente evidenciada empírica e teoricamente. Conforme se referiu inicialmente, a União apenas poderá proceder à harmonização se esta for *necessária*, conforme o disposto (nas palavras de SATZGER⁽¹⁵⁵⁾), de forma algo disfarçada), no art. 67.º, n.º 3, do TFUE. Ou seja, a União deve recorrer a outras medidas para controlo da criminalidade e só em caso de última necessidade poderá proceder à harmonização. Poderá aqui desdobrar-se o conceito em *proporcionalidade* (no sentido de justificação da utilização da medida mais restritiva da soberania nacional pela natureza do interesse em causa), *subsídia-*

⁽¹⁵³⁾ Cf. art. 294.º do TFUE.

⁽¹⁵⁴⁾ Assim HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 119.

⁽¹⁵⁵⁾ HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 119.

riedade (no sentido de que nenhuma outra medida a nível da UE permite atingir a mesma finalidade — como, por exemplo, a coordenação e cooperação entre autoridades e o reconhecimento mútuo de decisões judiciais referido no art. 67.º, n.º 3, ou a utilização de medidas de natureza não penal) e *adequação* (no sentido de que a harmonização permite atingir o objectivo prosseguido). Sem olvidar a subsidiariedade da acção da UE face à actuação dos EM.

Os domínios em causa estão enumerados taxativamente no § 2.º do n.º 1 do art. 83.º: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. Há quem veja nesta disposição uma restrição significativa face ao quadro institucional anterior, pois entendia que, ao abrigo do art. 29.º, n.º 2, e do art. 31.º, n.º 1, al. e) do TUE seria possível, em princípio, proceder à harmonização em qualquer domínio de criminalidade⁽¹⁵⁶⁾. Não nos parece, porém, que fosse admissível esta amplitude na interpretação dos antigos Tratados, não tendo o Tratado de Lisboa restringido os domínios de possível harmonização⁽¹⁵⁷⁾.

A acção da UE poderá, porém, não ficar por aqui. O Conselho pode, através de decisão por unanimidade e após aprovação pelo Parlamento Europeu, identificar outros domínios de criminalidade que tenham as características *supra* referidas⁽¹⁵⁸⁾.

O art. 83.º, n.º 2, prevê a dita competência acessória em matéria penal. O seu carácter acessório decorre da circunstância da sua afirmação como competência instrumental, necessária para garan-

⁽¹⁵⁶⁾ Cf., representativamente, HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), pp. 117-118.

⁽¹⁵⁷⁾ Neste sentido parece ir também o AG *Jarabo-Colomer* nas suas conclusões no processo C-176/03 — cf. pontos 79-81.

⁽¹⁵⁸⁾ Quanto a esta disposição, deve referir-se que o Tribunal Constitucional Federal alemão a interpretou como uma cláusula disfarçada de revisão do Tratado e que, como tal, o representante da Alemanha no Conselho apenas poderá votar a extensão dos domínios de criminalidade nos termos do art. 83.º, n.º 2, do TFUE, se esta tiver sido precedida de autorização legislativa por via do Parlamento Alemão — BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, ponto n.º 363, disponível em <http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html>.

tir o efeito útil de uma política da União na qual existam medidas prévias de harmonização. O próprio procedimento legislativo a utilizar depende daquele determinado para a política da União em causa. Um direito penal puramente acessório poderá ser utilizado para sancionar o incumprimento de qualquer norma, independentemente dos interesses por esta protegidos, ou mesmo na ausência de qualquer bem objecto de protecção pela norma. Tal direito penal não é, porém, compatível com um Estado de direito e com os princípios de um direito penal liberal, de *ultima ratio* na protecção de bens jurídicos fundamentais. A utilização do art. 83.º, n.º 2, terá, pois, de ser cautelosa.

A harmonização dos tipos penais e das sanções penais só poderá ter lugar quando seja *indispensável* para a execução eficaz da política em causa, critério aparentemente mais exigente do que o do n.º 1 do art. 83.º do TFUE, tendo sempre lugar por meio de Directivas. Segundo o BVerfG, o requisito da *indispensabilidade* da medida deve, ser interpretado de forma estrita, tendo de “*existir comprovadamente um grave deficit de execução da política em causa que apenas possa ser eliminado através do direito penal*”⁽¹⁵⁹⁾. Este critério parece excluir uma interpretação como aquela levada a cabo pelo TJ anteriormente à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, na qual a “necessidade” de acção comum era dada como verificada pela simples existência de decisão política nesse sentido no Conselho, ao aprovar as respectivas Decisões-Quadro.

Quando a harmonização tenha lugar ao abrigo do art. 83.º, n.º 2, pode suceder que a mesma tenha lugar sem que, por exemplo, o Parlamento Europeu tenha de co-aprovar o acto em questão, o que interfere com o princípio democrático. Na óptica do BVerfG, está ainda em causa o princípio da competência por atribuição, dada a amplíssima competência da União ao abrigo desta disposição⁽¹⁶⁰⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, ponto n.º 362.

⁽¹⁶⁰⁾ Cf. BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, ponto n.º 361. No mesmo sentido, BERND SCHÜNEMMAN, *Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lisbon-Entscheidung des BVerfG* (como na nota 2), 393 (395).

O art. 83.º, n.º 2, do TFUE recorda-nos de imediato a jurisprudência do TJ proferida no período anterior ao Tratado de Lisboa, quanto à competência penal de primeiro pilar. Parece-nos, numa primeira análise, que para determinarmos se um instrumento normativo em matéria penal pode ser adoptado ao abrigo do art. 83.º, n.º 1, ou antes ao abrigo do n.º 2, devemos ter em conta a referida jurisprudência, com as devidas adaptações. Deixamos aqui uma breve resenha da mesma, pela sua importância para esta matéria.

No período anterior ao Tratado de Lisboa, em sentido contrário ao propugnado pela doutrina e pelos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça veio, em dois casos, decidir no sentido da competência da então Comunidade Europeia para obrigar os Estados a utilizarem, entre outras, sanções de natureza penal para repressão das violações do direito comunitário.

Posição vista por alguns como o inadmissível forçar do desenvolvimento da integração europeia no sentido consagrado no Tratado Constitucional, apesar do insucesso na sua adopção pelos EM, mas defendida pelo TJ como a posição imposta, independentemente da entrada em vigor de um Tratado constitucional ou reformador, pelo próprio estágio de desenvolvimento da integração europeia⁽¹⁶¹⁾.

A Comissão Europeia desencadeou, em 2003 e 2005 respectivamente, duas acções de anulação de Decisões-Quadro adoptadas no domínio da política ambiental⁽¹⁶²⁾ que estabeleciam a obrigação para os EM de adoptarem sanções penais para repressão das condutas violadoras das normas comunitárias, por entender que a base jurídica correcta para aprovação daqueles instrumentos era o primeiro pilar. O TJ pronunciou-se em ambas as acções anulando as Decisões-Quadro em causa e afirmando a competência acessória

⁽¹⁶¹⁾ Cf. relativamente à posição do Tribunal como doutrina imposta pelo próprio direito vigente antes do Tratado de Lisboa, JOSÉ NARCISO CUNHA RODRIGUES, «Direito Penal Europeu: o tempo e o modo», (como na nota 58), p. 865.

⁽¹⁶²⁾ A DQ 2003/80/JAI, anulada pelo Acórdão do TJ de 13.09.2005, processo C-176/03, e a DQ 2005/667/JAI, anulada pelo Acórdão do TJ de 23.10.2007, processo C-440/05.

das Comunidades para impor aos EM a adopção de medidas de natureza penal para protecção do direito comunitário⁽¹⁶³⁾.

A afirmação de tal competência não foi, porém, irrestrita, devendo atentar-se na posição do TJ quanto às circunstâncias em que a mesma podia ser exercida e quanto à extensão dessa competência⁽¹⁶⁴⁾.

No que concerne aos *pressupostos* da competência penal da então Comunidade Europeia, deve referir-se, em primeiro lugar, que o TJ considerou que a competência penal de primeiro pilar tinha natureza excepcional, sendo a regra a inexistência de tal competência⁽¹⁶⁵⁾. Este carácter excepcional impede a extensão automá-

⁽¹⁶³⁾ Relativamente a esta controvérsia, pormenorizadamente, v. o recente artigo de JOSÉ NARCISO CUNHA RODRIGUES, «Direito Penal Europeu: o tempo e o modo», (como na nota 58), p. 865. A decisão foi objecto de aguerridas críticas na doutrina — cf., a título representativo, MARIA LUÍSA DUARTE, *Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia: a propósito do acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005*, RFDUL 1/2005, 341; ROLAND HEFENDEHL, *Europäischer Umweltschutz: Demokratiespritze für Europa oder Brüsseler Putsch?*, ZIS 4/2006, 161.

⁽¹⁶⁴⁾ Essenciais, para compreensão da delimitação da competência penal de primeiro pilar são, para além dos acórdãos, as conclusões apresentadas pelos AG Ruiz-Jarabo Colomer e Mazák, nos casos C-176/03 e C-440/05, respectivamente.

Sobre o papel das conclusões dos AG, cf. SÉRGIO SARAIVA DIREITO, *A figura do Advogado-Geral no contencioso comunitário*, Coimbra Editora, 2007, pp. 237-249, considerando-as elementos integrantes da jurisprudência do TJ, emitidos por um membro do próprio tribunal. As conclusões dos AG assumem relevância determinante, quer como parâmetro interpretativo da jurisprudência do TJ, quer como instrumento sobre o qual se pode alicerçar o desenvolvimento de novas soluções, pois o AG actua com total liberdade, as suas opiniões são públicas e superam os limitados contornos da instância (aos quais o acórdão do TJ está vinculado): “*têm a potencialidade para explorar e propor construções jurídicas que transcendem o quadro da instância, fazendo apelo à jurisprudência constante do tribunal, aos princípios comuns aos Estados membros e às contribuições relevantes da doutrina*” —, SÉRGIO SARAIVA DIREITO, *A figura do Advogado-Geral no contencioso comunitário*, p. 238. O autor refere que as conclusões podem ser encaradas como fonte suplementar de jurisprudência, quando o TJ não se pronuncia sobre uma questão, e mesmo como tendo a autoridade de um julgamento, quando o acórdão adopta na integralidade a sua fundamentação (o que parece ser o caso das conclusões apresentadas pelos do AG Ruiz-Jarabo Colomer e Mazák relativamente aos ACTJ de 13.09.2005 e de 23.10.2007, nos processos C-176/03 e C-440/05, respectivamente). Finalmente, as conclusões podem funcionar como “votos de vencido”, quando os acórdãos não as seguem.

⁽¹⁶⁵⁾ Cf. ACTJ de 13.09.2005, ponto 47, e ACTJ de 23.10.2007, ponto 66. Para uma síntese da jurisprudência do TJ sobre os poderes punitivos da Comunidade, cf. as conclusões do AG Ruiz-Jarabo Colomer, processo C-176/03, pontos 30 ss.

tica do reconhecimento da competência penal a outros domínios, não visados nas decisões do TJ⁽¹⁶⁶⁾.

Na sequência do pensamento subjacente ao Acórdão *Milho Grego* — onde o TJ perfilha o entendimento de que é possível ao legislador comunitário exigir, ao abrigo do art. 10.º do TCE, que os EM tomem medidas adequadas a garantir a eficácia do direito comunitário, em termos análogos ao tratamento das infracções análogas de direito interno, e que confirmam às sanções um carácter efectivo, proporcionado e dissuasivo⁽¹⁶⁷⁾ — no Acórdão de 13.09.2005 o TJ

(166) A Comissão veio, posteriormente ao ACTJ de 13.09.2005, expressamente manifestar que, no seu entendimento, o raciocínio aplicado pelo tribunal abrange também os domínios das contrafacção relativa à introdução do Euro, contrafacção e fraude de meios de pagamento diferentes de numerário, branqueamento de capitais, entrada, trânsito e permanência irregular, corrupção no sector privado, ataques a sistemas de informação, protecção dos interesses financeiros da CE, protecção dos direitos de propriedade intelectual, racismo e xenofobia, tráfico de órgãos e tecidos humanos, comportamentos fraudulentos ou concorrência desleal no domínio da adjudicação de contratos públicos no mercado comum. Cf. Comunicação da Comissão [COM (2005) 0583 final].

Segundo a Comissão, teria de ser alterada a base jurídica da DQ 2000/383/JAI do Conselho, de 29 de Maio de 2000 e da DQ 2001/888/JAI do Conselho, de 6 de Dezembro de 2001 (nova base jurídica — art. 123.º, n.º 4, do TCE); a DQ 2001/413/JAI do Conselho, de 28.05.2001 (nova base jurídica — arts. 57.º, n.º 2, e 95.º do TCE); a Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991 e a DQ 2001/500/JAI do Conselho, de 26.06.2001 (nova base jurídica — arts. 47.º, n.º 2 e 95.º do TCE); Directiva 2002/90/EC do Conselho, de 28.11.2002 (nova base jurídica — arts. 61.º, al. *a*), e 63.º, n.º 3, al. *b*), do TCE); DQ 2003/568/JAI do Conselho, de 22.07.2003 (nova base jurídica — art. 95.º do TCE); proposta de Directiva do Parlamento e do Conselho sobre a protecção penal dos interesses financeiros da Comunidade (base jurídica art. 280.º, n.º 4 do TCE); proposta de Directiva do Parlamento e do Conselho relativa às medidas penais destinadas a assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual e proposta de Decisão-Quadro do Conselho tendo em vista o reforço do quadro penal para a repressão das violações da propriedade intelectual [COM (2005) 276final; base jurídica art. 95.º do TCE]. Também segundo a Comissão, se for planeada a introdução de sanções criminais para combate à discriminação seria também necessária a aprovação de uma Directiva com base no art. 13.º do TUE [o que não sucede com a proposta COM (2001) 664 final].

O Parlamento Europeu tem uma abordagem mais cautelosa quanto à extensão da aplicação das conclusões do ACTJ de 13.09.2005 — cf. Resolução do Parlamento Europeu [2006/2007(INI)].

Será necessário analisar individualmente cada uma das políticas em causa para concluir se, ao abrigo do critério do TJ, pode ser exercida a competência penal “acessória” da União.

(167) Acórdão *Milho Grego*, pontos 23 e 24. Sobre o conceito indeterminado “sanção efectiva, proporcionada e dissuasiva”, cf. as Conclusões do AG *Ruiz-Jarabo Colomer*, processo C-176/03, pontos 44 a 51.

vem acrescentar que o legislador comunitário pode, dentro da sua competência, impor aos EM a obrigação de adoptar sanções *penais* em sentido estrito efectivas, proporcionadas e dissuasivas em relação a determinadas condutas violadoras do direito comunitário de primeiro pilar⁽¹⁶⁸⁾.

Segundo o TJ, a Comunidade poderia fazê-lo desde que estivesse em causa a prossecução de uma política comunitária⁽¹⁶⁹⁾ e que fosse indispensável para a prossecução dessa política a aplicação de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais. Tal medida só poderá, em qualquer caso, ser utilizada estando em causa “atentados graves” no domínio da política comunitária em causa⁽¹⁷⁰⁾.

A competência penal de primeiro pilar apenas foi proclamada explicitamente pelo TJ relativamente à protecção do ambiente e à política de transportes (marítimos), também neste caso em conexão com a política ambiental.

Em ambos os casos está subjacente à decisão do TJ a salvaguarda do *effet utile* do direito comunitário⁽¹⁷¹⁾ — se não fosse, naqueles casos, possível ao legislador comunitário adoptar as medidas penais necessárias para assegurar a eficácia das regras por ele prescritas para aqueles domínios, seriam gorados os respectivos objectivos comunitários e o seu efeito útil.

⁽¹⁶⁸⁾ Cf. ACTJ de 13.09.2005, ponto 48. O AG *Ruiz-Jarabo Colomer* nas suas Conclusões no processo C-176/03 refere também que “*em alguns casos, a acção penal é imprescindível por ser a única que reúne as condições, referidas no acórdão «Milho grego», de ser «efectiva, proporcionada e dissuasiva»*” — ponto 43.

⁽¹⁶⁹⁾ Para escolha da base jurídica do acto é essencial a finalidade e o conteúdo do mesmo acto, uma vez que o critério de escolha tem de ser susceptível de fiscalização jurisdicional — cf. ACTJ de 13.09.2005, ponto 45, e de 23.10.2007, ponto 61, com referência ao ACTJ de 11.06.1991, *Comissão/Conselho* (acórdão *Dióxido de Titânio*), processo C-300/89, e ao ACTJ de 19.09.2002, *Huber*, processo C-336/00.

⁽¹⁷⁰⁾ Cf. ACTJ de 13.09.2005, pontos 48 a 50, e ACTJ de 23.10.2007, pontos 66 a 69. Neste sentido vão as Conclusões do AG *Mazák* no processo C-440/05, pontos 102 e 112 a 113.

⁽¹⁷¹⁾ Neste sentido, claramente, as Conclusões do AG *Mazák*, processo C-440/05, pontos 88 ss, relativamente ao ACTJ de 13.09.2005. Também o ACTJ de 23.10.2007 refere o objectivo de garantir a eficácia das normas adoptadas no domínio da segurança marítima como critério para admissão da competência de primeiro pilar — cf. ponto 69.

O critério da *efectividade* foi, porém, objecto de certa apreciação crítica pelo AG *Mazák*⁽¹⁷²⁾: (i) é um critério impreciso, que tem que ver com o grau de efectividade exigida; (ii) a adequação das sanções penais para garantir a efectividade de normas jurídicas é actualmente objecto de discussão, sendo possivelmente “*demasiado simples partir do princípio de que o direito penal é sempre a solução adequada para a falta de efectividade*”; (iii) a escolha da utilização de sanções penais numa determinada comunidade excede largamente a questão da aplicação efectiva das normas nela vigentes⁽¹⁷³⁾.

No que concerne a questão da *extensão* da competência penal de primeiro pilar, decidiu o TJ expressamente que a mesma não inclui o tipo e o grau das sanções a aplicar⁽¹⁷⁴⁾. Como sublinha o AG *Mazák*, a competência penal da CE limitava-se a exigir que os EM adoptem sanções de natureza penal que sejam efectivas, proporcionadas e dissuasivas, não podendo determinar o tipo de sanções penais a aplicar pelos EM (p. ex. prisão ou multa) nem a gravidade das mesmas (nem mesmo através de molduras)⁽¹⁷⁵⁾. Vedada estava, pois, neste domínio, a utilização da técnica dos “mínimos-máximos” adoptada nas Decisões-Quadro de harmonização em matéria penal no domínio do terceiro pilar⁽¹⁷⁶⁾.

⁽¹⁷²⁾ Cf. Conclusões do AG *Mazák*, processo C-440/05, pontos 114 ss.

⁽¹⁷³⁾ O AG *Mazák* salienta ainda, de forma crítica, que o pilar comunitário não é uma base satisfatória para uma evolução mais abrangente na utilização do direito penal para garantir a efectividade do direito comunitário, até pela falta de uniformidade dos procedimentos legislativos aplicáveis a cada política comunitária. Ao que acresce a inconveniência de tratar o direito penal como um aspecto parcelar das políticas comunitárias em causa, uma vez que as implicações da competência penal da UE no primeiro pilar têm de ser integradas no direito interno dos EM, sistema jurídico diferente do da CE.

Cf. Conclusões do AG *Mazák*, processo C-440/05, pontos 120 ss.

⁽¹⁷⁴⁾ ACTJ de 23.10.2007, pontos 70 e 71. O AG *Mazák* defende que esta conclusão poderia ser retirada, desde logo, do ACTJ de 13.09.2005 — cf. ponto 109 das Conclusões do AG *Mazák*, processo C-440/05, referindo-se ao ponto 49 do Acórdão — posição com a qual concordamos.

⁽¹⁷⁵⁾ Cf. Conclusões do AG *Mazák*, processo C-440/05, pontos 103 a 111, remetendo para as Conclusões do AG *Ruiz-Jarabo Colomer*, processo C-176/03, pontos 83 a 87. Cf. também os pontos 94 e 95 das Conclusões do AG *Ruiz-Jarabo Colomer*.

⁽¹⁷⁶⁾ Cf. os exemplos constantes do art. 5.º, n.ºs 1 e 2 DQ 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e

De ressaltar que, actualmente, ao abrigo do novo quadro institucional, o art. 83.º, n.º 2, permite a própria harmonização das sanções que era excluída pelo TJ no quadro institucional anterior.

A jurisprudência que acabamos de referir evidencia que, muito embora com o Tratado de Lisboa tenha desaparecido a estrutura dos três pilares, o conhecimento do quadro anterior é essencial, pois as suas consequências mantêm actualidade. Por um lado, tendo em conta que as matérias do terceiro pilar foram “comunitarizadas”⁽¹⁷⁷⁾, saindo reforçada a plena aplicação dos princípios de direito da União às matérias da cooperação policial e judiciárias em matéria penal. Por outro lado, porque, como vimos, a distinção entre as matérias “comunitarizadas” e “não comunitarizadas” pode manter relevância no actual quadro institucional, nomeadamente para efeitos de determinação do procedimento legislativo aplicável.

Observando o conjunto das normas consagradas no art. 83.º, do TFUE, parece-nos que a delimitação da forma de exercício das competências em matéria penal substantiva deve ser feita da seguinte forma: existência de menção expressa ao domínio de criminalidade em causa no art. 83.º, n.º 1 — aplicação deste; na ine-

a pornografia infantil; art. 3.º, n.º 2 DQ 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos; art. 4.º, n.º 1, 2.ª parte n.ºs 2, 3 e 4 DQ 2004/757/JAI do Conselho, de 25 de Outubro de 2004, que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga; art. 5.º, n.º 3 DQ 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo; art. 2.º DQ 2001/500/JAI, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime; art. 6.º, n.º 2 DQ 2000/383/JAI do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o reforço da protecção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras; art. 6.º, n.º 2 DQ 2005/222/JAI do Conselho, de 24 e Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação. Do tipo das previstas nos arts. 7.º a 9.º da DQ 2005/667/JAI e 8.º e 9.º da DQ 2003/80/JAI. Muito embora o TJ não tenha analisado a questão, parece indiscutível que a competência penal do primeiro pilar também não abrangia a determinação de medidas relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal (por exemplo, regras sobre a extradição). Neste sentido vai o AG *Mazák* — cf. ponto 131 das Conclusões no processo C-440/05 e a própria Comissão, como referido pelo TJ no ponto 23 do ACTJ de 13.09.2005.

⁽¹⁷⁷⁾ Utiliza esta expressão referindo-se especificamente à cooperação policial e judiciária em matéria penal, MARTIN HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon* (como na nota 71), 406 (407).

xistência de tal menção, ou existe disposição expressa nos Tratados, fora das normas do ELSJ, em domínios unificados ou harmonizados pelas políticas da UE, que admita a aplicação de medidas de natureza penal; ou, não existindo também esta, se estiver em causa política da União onde tenha tido lugar a harmonização, será aplicável o art. 83.º, n.º 2., do TFUE.

Tanto o n.º 1 como o n.º 2 referem a possibilidade de estabelecer *regras mínimas*, ou seja, denominadores mínimos quanto aos tipos de infracção e às sanções aplicáveis, podendo os EM ir sempre mais além dos instrumentos aprovados no seio da UE.

Com efeito, como parecer decorrer da jurisprudência *supra* mencionada, ao tratar a extensão da competência penal de primeiro pilar, o TJ referia que esta incluía a definição de elementos mínimos dos tipos das infracções para as quais os EM devem adoptar as sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas. Ora, quando se fala de “elementos mínimos” a nível da legislação penal (incriminadora) da UE pretende significar-se um “*standard*” mínimo de incriminação. Ou seja, os EM têm, no mínimo, que sancionar penalmente as infracções que preencham os elementos definidos na norma comunitária. Poderão, porém, ir mais longe, sancionando as infracções no domínio em causa com tipos mais “abertos” e por isso mais abrangentes, no sentido de exigirem a verificação de menor número de elementos para a afirmação da tipicidade ou de tutelarem o bem jurídico em causa de forma mais antecipada (p. ex., com um tipo de perigo em vez de um tipo de lesão ou de dano)⁽¹⁷⁸⁾. Ou seja, poderão, dentro das regras do direito interno, adoptar tipos penais mais “minimalistas” do que aqueles referidos no instrumento normativo da União ao nível dos seus elementos constitutivos.

Esta técnica da harmonização mínima, conjugada com a circunstância de o art. 83.º do TFUE não prever competência para a

(178) Ou seja, quando se fala em elementos mínimos não pode entender-se que os EM teriam de criar, no mínimo, tipos penais com os elementos definidos na norma comunitária, podendo, livremente, adicionar-lhes elementos (p. ex., se a norma comunitária previsse uma infracção de perigo concreto, o EM poderia criar uma infracção de dano ou lesão).

descriminalização de condutas, poderá, evidentemente, levar a uma maior criminalização de condutas no seio da UE⁽¹⁷⁹⁾.

A harmonização pode determinar não só definições ou conceitos gerais (p. ex., de associação criminosa ou de associação para a prática de actos terroristas), mas também incluir disposições relativas à parte geral (participação, responsabilidade das pessoas colectivas, etc.). Na harmonização levada a cabo até à data, não foram adoptados conceitos próprios relativamente à Parte Geral, permanecendo a definição dos mesmos no direito nacional (por exemplo, quando começa uma tentativa ou o que é a cumplicidade). No que se refere à harmonização das sanções, nos instrumentos aprovados até à data tem sido utilizada a técnica dos “mínimos-máximos”, i.e., exigindo-se aos EM que punam uma determinada conduta com uma determinada pena máxima que não pode ser inferior ao limite estabelecido no instrumento da União⁽¹⁸⁰⁾ ou, pelo menos, com uma pena cuja gravidade tem de obedecer a critérios estabelecidos naquele instrumento⁽¹⁸¹⁾. Segundo SATZGER, a harmonização nesta matéria permanece algo “simbólica”, uma vez que os sistemas nacionais são altamente diferenciados no que se refere às medidas das penas aplicáveis⁽¹⁸²⁾. Uma pena de igual natureza e medida terá maior ou menor gravidade consoante o conjunto do sistema penal dos EM em causa. Porém, deve ter-se em conta que, mesmo nestes termos, a harmonização poderá ter influência na aproximação dos sistemas nacionais. Poderá até ser uma influência reflexa, através dos instrumentos de harmonização em matéria de cooperação judiciária e de processo penal. Estes instrumentos poderão tomar como ponto de referência da gravidade da crimina-

⁽¹⁷⁹⁾ Neste sentido, HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 122.

⁽¹⁸⁰⁾ O sistema seguido tem por base um sistema em que se distinguem quatro grupos de penas máximas mínimas: pena não inferior a entre 1 ou 3 anos; pena não inferior a entre 2 a 5 anos; pena não inferior a entre 5 a 10 anos; pena não inferior a 10 anos. Cf. HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), pp. 122-123; Conclusões do Conselho de 25/26.04.2002; documento do Conselho 9142/02.

⁽¹⁸¹⁾ Por exemplo, pena suficientemente grave para que seja admissível a extradição.

⁽¹⁸²⁾ HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 123.

lidade em causa o sistema de “medida da pena máxima mínima” estabelecido nas Directivas aprovadas com fundamento no art. 83.º do TFUE, levando a uma eventual alteração das penas a nível nacional pelos EM, de modo a adaptá-las às possibilidades da cooperação internacional (quando o raciocínio deveria ser o inverso — determinar a possibilidade de cooperação em função da gravidade do crime).

O sistema do Tratado de Lisboa introduziu o já mencionado “travão de emergência” em matéria penal (arts. 82.º, n.º 3, e 83.º, n.º 3). Este permite aos EM, quando considerem que uma determinada proposta de Directiva “*prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal*”, levar essa proposta ao Conselho Europeu, suspendendo-se o processo legislativo ordinário. Se houver consenso no Conselho Europeu, retomar-se-á o processo legislativo ordinário. Não havendo consenso, se pelo menos nove EM o pretenderem, poderão instaurar entre si uma cooperação reforçada com base no projecto de Directiva, considerando-se concedida a autorização referida nos art. 20.º, n.º 2, do TUE e 329.º, n.º 1, do TFUE. Quanto à utilização do “travão de emergência” — que poderá determinar um maior ou menor avanço da integração europeia em matéria penal, ou uma maior ou menor variabilidade da geometria penal europeia — é interessante a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo a qual o representante do governo alemão no Conselho apenas pode fazer uso desse mecanismo mediante determinação do Parlamento federal e, caso seja aplicável, do Conselho federal⁽¹⁸³⁾.

No que concerne a este mecanismo, o mais importante e porventura difícil será determinar o que são os *aspectos fundamentais do sistema de justiça penal* de cada EM. Desde logo, será necessário determinar se o critério é um critério de direito europeu ou um critério de direito interno. Tratando-se de uma norma de direito da União, poderia concluir-se que o critério teria de ser de direito europeu e, como tal, a sua aplicação sindicável pelo TJ. Porém, pretendendo salvaguardar-se com este mecanismo a identidade dos

(183) BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, ponto n.º 365.

sistemas jurídico-penais dos EM, parece tratar-se de um conceito cuja interpretação e utilização caberá aos próprios EM. No futuro, este conceito carecerá, pois, de ser determinado. Pertencer-lhe-á, por exemplo, o princípio da culpa⁽¹⁸⁴⁾. Outros exemplos seriam o da protecção de bens jurídicos, o princípio da subsidiariedade, da legalidade nas suas várias vertentes, o princípio da acessoriedade na participação⁽¹⁸⁵⁾, e, no domínio do processo penal, a intervenção do júri, a organização judiciária, ... Parece-nos que estão aqui em causa fundamentalmente os aspectos dos sistemas penais nacionais com consagração ou relevância constitucional. Poder-se-ia, por exemplo, dar o exemplo, no caso português, da estrutura acusatória do processo ou da autonomia do Ministério Público. A adopção de uma política criminal europeia definida e orientada por certos princípios será, porventura, adequada a minimizar a utilização dos arts. 82.º, n.º 2, e 83.º, n.º 3, do TFUE⁽¹⁸⁶⁾.

Com base legal fora das disposições relativas ao ELSJ, é ainda admitida na doutrina a possibilidade de as instituições da União adoptarem medidas em matéria penal com fundamento nos arts. 33.º TFUE (cooperação aduaneira) e 325.º, n.º 4 (protecção dos interesses financeiros da UE)⁽¹⁸⁷⁾, do TFUE, quer através de Regulamentos (criando assim verdadeiros tipos penais), quer de Directivas⁽¹⁸⁸⁾. Está aberta, neste particular, a janela para a criação de tipos penais europeus uniformes, por via de Regulamento, directamente aplicáveis nos EM⁽¹⁸⁹⁾.

⁽¹⁸⁴⁾ BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.6.2009, ponto n.º 364.

⁽¹⁸⁵⁾ HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), p. 125.

⁽¹⁸⁶⁾ Quanto a propostas sobre política criminal europeia, cf. *infra* pp. 810-812.

⁽¹⁸⁷⁾ Sendo aqui determinante a eliminação da expressão limitativa do anterior art. 280.º, n.º 4, do TFUE.

⁽¹⁸⁸⁾ Neste sentido HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (como na nota 5), pp. 100-101 e 125. Numa primeira análise, merece concordância a conclusão do autor no sentido de que, mesmo sendo de concluir pela existência de competência penal da UE com fundamento no art. 79.º, n.º 2, al. d) do TFUE, sobre esta sempre prevalecerá, no que se refere ao tráfico de seres humanos, a norma especial do art. 83.º, n.º 1, do TFUE. No mesmo sentido MARTIN HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon* (como na nota 71), 406 (416).

⁽¹⁸⁹⁾ Antevendo a possibilidade da consagração legal das disposições do *Corpus Juris* com fundamento no art. 325.º do TFUE, INÊS FERREIRA LEITE, *Direito Penal Euro-*

d) Outras disposições

Abandonando o domínio do direito penal substantivo, não podemos deixar de referir, ainda que de forma breve, outras disposições com relevância em matéria penal contidas nos capítulos 4 e 5, do Título V, da Parte III, do TFUE.

O art. 84.º é uma disposição perfeitamente inovadora⁽¹⁹⁰⁾. Até à data não existia uma semelhante disposição em matéria de prevenção da criminalidade. Neste domínio, podem ser aprovados Regulamentos e Directivas para incentivar e apoiar a acção dos EM, mas está excluída a harmonização das disposições nacionais. Não se trata, pois, de estabelecer uma política de prevenção da criminalidade ao nível da UE, mas de apoiar as políticas nacionais dos EM nessa matéria.

As disposições do Tratado em matéria de cooperação judiciária penal contêm ainda dois preceitos relativos à Eurojust e à Procuradoria Europeia.

O art. 85.º constitui a actual base legal para a Eurojust⁽¹⁹¹⁾. A Eurojust é uma unidade de cooperação, cuja finalidade é, nos termos do Tratado, o apoio e reforço da coordenação e cooperação entre as autoridades nacionais com competência em matéria de investigação e exercício da acção penal em matéria de criminalidade grave que afecte dois ou mais EM, ou que exija o exercício da acção penal em bases comuns, com base nas operações conduzidas e nas informações transmitidas pelas autoridades nacionais e pela Europol⁽¹⁹²⁾.

peu: do Corpus Juris aos métodos de integração europeia, em curso de publicação. MARTIN HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon* (como na nota 71), 406 (416), apenas vê como possível a adopção de tipos penais europeus para protecção dos interesses financeiros da UE com fundamento neste preceito após a criação da Procuradoria Europeia, pois, de outra forma, não considera preenchido o pressuposto da necessidade dessa medida para garantir uma protecção efectiva e equivalente em toda a UE dos seus interesses financeiros.

⁽¹⁹⁰⁾ Sobre o art. 84.º cf. MARCO MANSDÖRFER, *Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon — oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung* (como na nota 74), 11 (18).

⁽¹⁹¹⁾ Antes consagrada no art. 31.º, n.º 1, al. a), e n.º 2, do TUE.

⁽¹⁹²⁾ Cf. art. 85.º, n.º 1, do TFUE.

A estrutura, o funcionamento, o domínio de acção e as funções da Eurojust serão fixadas em Regulamento do PE e do Conselho, assim como o papel do PE e dos Parlamentos nacionais na avaliação da Eurojust (abrindo assim a via para uma maior controlo democrático deste organismo). As principais inovações do Tratado de Lisboa relativamente à Eurojust são o alargamento das suas competências à criminalidade “*que exija o exercício de uma acção penal em bases comuns*”⁽¹⁹³⁾, onde poderão aqui incluir-se a cibercriminalidade ou os crimes contra os interesses financeiros da UE. A consagração expressa da articulação entre a Eurojust, a Europol e as autoridades nacionais parece também abrir caminho a uma forma mais próxima e operacional de cooperação. O Tratado prevê ainda uma inovação, conferindo à Eurojust a possibilidade de abrir investigações criminais⁽¹⁹⁴⁾ (com particular interesse no que se refere às infracções lesivas dos interesses financeiros da UE), bem como de coordenação de investigações⁽¹⁹⁵⁾. Finalmente, o TFUE abre caminho ao estabelecimento de um mecanismo de resolução de conflitos de jurisdição no seio da Eurojust, que deverá ser coordenado com o regime previsto na Decisão-Quadro 2009/948/JAI, de 30.11.2009.

Actualmente, a Eurojust tem o seu quadro de actuação definido pela Decisão 2009/426/JAI do Conselho, de 16.12.2008⁽¹⁹⁶⁾. É um organismo dotado de personalidade jurídica, que exerce competências relativamente a investigações que impliquem dois ou mais EM, sendo a sua competência definida por referência aos crimes da competência da Europol⁽¹⁹⁷⁾ (art. 4.º), bem como, em geral, formas graves de criminalidade (especialmente organizada). As funções da Eurojust são exercidas através dos membros nacionais ou do Colégio⁽¹⁹⁸⁾. Em qualquer caso, o Colégio não tem com-

(193) Já não limitada aos domínios indicados na Convenção Europol e à criminalidade transnacional grave que afecte dois ou mais EM.

(194) Até agora apenas poderia propor essa abertura.

(195) Até ao presente, a Eurojust apenas pode apoiar a coordenação ou pedir aos EM que coordenem as suas investigações.

(196) Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:138:0014:01:PT:HTML>>.

(197) Cf. art. 4.º da Decisão Eurojust.

(198) Cf. arts. 6.º e 7.º da Decisão Eurojust.

petência para impor decisões aos EM. Apenas os membros nacionais poderão, dentro das suas competências definidas no direito interno, ordenar a prática de actos no âmbito interno⁽¹⁹⁹⁾.

A Procuradoria Europeia tem também, de forma inovadora nos Tratados, consagração expressa no art. 86.º. Esta disposição permite a criação da Procuradoria por meio de Regulamento adoptado segundo o processo especial, exigindo para tal unanimidade no Conselho. Não existindo unanimidade sobre a criação da Procuradoria Europeia, a mesma poderá ser criada através de cooperação reforçada por um grupo de pelo menos nove Estados-Membros.

O n.º 2 do art. 86.º define as competências da Procuradoria Europeia: investigar, processar e levar a julgamento, eventualmente em articulação com a Europol, os autores e os cúmplices das infracções lesivas dos interesses financeiros da União, a determinar no Regulamento de criação da Procuradoria. A acção penal será exercida perante os tribunais nacionais. Além das infracções, o Regulamento de criação da Procuradoria Europeia definirá o seu estatuto, as condições em que exerce funções, as regras processuais aplicáveis no exercício da sua actividade, regras sobre a admissibilidade da prova e, ainda, regras relativas à fiscalização jurisdicional dos actos processuais por si levados a cabo. A aprovação de tais Regulamentos constituirá a primeira definição de direito processual penal autónomo da UE. As disposições do Tratado permitem agora, não só dar consagração legal ao Procurador Europeu, por exemplo como concebido no *Corpus Juris*⁽²⁰⁰⁾, mas ir mesmo mais longe. Com efeito, enquanto o *Corpus* prevê a criação da Procuradoria para prossecução dos crimes contra os interesses financeiros da União, o Tratado de Lisboa prevê a possibilidade de as suas competências virem a ser estendidas, *ab initio*, “*ao combate à criminalidade grave com dimensão transfronteiriça*” (ou

⁽¹⁹⁹⁾ Competências já bastante alargadas pela o seu quadro de actuação definido pela Decisão 2009/426/JAI do Conselho, de 16.12.2008.

⁽²⁰⁰⁾ A versão original é de 1997 — MIREILLE DELMAS-MARTY (ed.), *Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Economica, 1997. A versão mais recente, denominada versão de Florença, é do ano 2000 — cf. MIREILLE DELMAS-MARTY/JOHN VERVAELE (coords.), *The implementation of the corpus juris in the Member States*, 4 vol., Intersentia, 2000.

seja, aos domínios de criminalidade previstos no art. 83.º, n.º 1, do TFUE), exigindo-se para tal unanimidade no Conselho Europeu.

A criação de uma Procuradoria Europeia coloca um vasto leque de problemas. Por um lado, questões relativas à coordenação e compatibilização da sua actividade com a Eurojust e a Europol, em particular se a Procuradoria for estabelecida por meio de cooperação reforçada. Por outro lado, pelas suas implicações ao nível do direito processual penal (e, reflexamente, do direito penal material, pois a sua criação só fará sentido conjuntamente com a criação de tipos penais europeus) coloca problemas de cariz estrutural cuja abordagem não podemos aqui fazer. Deixamos apenas referenciados os problemas da utilização conjugada de várias ordens jurídicas nacionais concomitantemente, pela Procuradoria Europeia, criando, quer de forma não intencional, quer até abusivamente, desequilíbrios processuais que bulirão com o equilíbrio constitucionalmente imposto entre obrigação de punição de crimes e garantia dos direitos e liberdades individuais, construído no quadro limitado do processo nacional. Além do mais, a criação da Procuradoria Europeia agrava o de si já grave desequilíbrio criado entre acusação e defesa, uma vez que, do lado desta, não existe (nem se antevê) instituição semelhante⁽²⁰¹⁾. Isto para não mencionar os problemas de legitimação e controle democrático de uma instituição desta natureza no seio da UE.

Uma breve palavra para referência à cooperação policial. Ao abrigo do Tratado de Lisboa, a Europol passa a poder assumir competências operacionais, definidas por Regulamento ao abrigo do processo legislativo ordinário⁽²⁰²⁾. Não existe, quanto à Europol, mecanismo semelhante ao “travão de emergência”. A actuação operacional da Europol deve, ainda assim, ser conduzida em articulação e com o acordo das autoridades dos EM cujo território seja afectado, estando excluída a aplicação de medidas coercivas por parte dos agentes da Europol⁽²⁰³⁾. Não obstante esta limitação, não pode deixar de reconhecer-se que esta disposição representa uma

⁽²⁰¹⁾ BERND SCHÜNEMMAN (ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege* (como na nota 113), propõe a criação do “Eurodefensor”.

⁽²⁰²⁾ Art. 88.º, n.º 2, do TFUE.

⁽²⁰³⁾ Art. 88.º, n.º 3, do TFUE.

alteração (alargamento) clara do quadro de actuação da Europol, que a até à data tem funcionado como mecanismo de centralização, tratamento e transmissão de informação.

O Tratado prevê igualmente ainda a possibilidade do estabelecimento de medidas de cooperação operacional entre autoridades policiais dos EM, exigindo unanimidade no Conselho, mas permitindo, ao mesmo tempo, a adopção de cooperação reforçada por pelo menos nove EM em caso de desacordo⁽²⁰⁴⁾.

Deve finalmente ter-se em atenção a circunstância de, no capítulo da cooperação policial, no art. 89.º, do TFUE, estar contida uma disposição que prevê a possibilidade de, mediante processo legislativo especial, com deliberação unânime no Conselho, este órgão estabelecer as condições e limites de actuação das autoridades policiais e judiciais dos EM no território de outros EM, em articulação com as autoridades desse Estado — actuação essa que poderá ser levada a cabo, por exemplo, por meio das denominadas JIT (*joint investigation teams*), actualmente consagradas no art. 13.º na Convenção sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da UE, de 2000, ou através de vigilâncias ou perseguições transfronteiriças, ou até acções encoberdas transfronteiriças.

e) Controlo jurisdicional⁽²⁰⁵⁾

Uma das alterações com maior relevância produzida pelo Tratado de Lisboa ao nível do direito penal prende-se com o alargamento das competências do Tribunal de Justiça. Com efeito, um dos aspectos alvo das principais críticas ao terceiro pilar era o facto de, associado à duvidosa legitimidade democrática para a aprova-

⁽²⁰⁴⁾ Art. 87.º, n.º 3, do TFUE.

⁽²⁰⁵⁾ Relativamente à matéria do controlo jurisdicional dos actos normativos da União em matéria penal ao abrigo do quadro institucional consagrado no Tratado de Lisboa, deve ter-se presente o *supra* exposto quanto ao período transitório. Durante este período, as competências do TJ relativamente aos actos aprovados com base no antigo terceiro pilar continua a ser uma competência limitada, nos termos da qual a intervenção do Tribunal apenas pode ser suscitada nos termos *supra* expostos.

ção de actos em matéria penal num quadro institucional em que tais actos eram aprovados pelos representantes dos Governos e Chefes de Estado dos EM, sem a participação deliberativa do Parlamento Europeu, existir um insuficiente controlo jurisdicional dos actos aprovados pelos EM no domínio da cooperação intergovernamental no terceiro pilar.

No período imediatamente anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, existia uma clara diferença entre as competências do TJ relativamente aos actos do primeiro pilar e do terceiro pilar. No primeiro pilar existiam⁽²⁰⁶⁾: *a) vias de acesso directo e b) reenvio prejudicial*.

Dentro das primeiras, distinguia-se o recurso de anulação⁽²⁰⁷⁾ — para impugnação da validade de actos normativos destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros; ou recurso de omissão⁽²⁰⁸⁾ — para sindicância da violação de um dever de agir por parte das instituições comunitárias), a excepção de ilegalidade⁽²⁰⁹⁾, a tutela judicial provisória⁽²¹⁰⁾ e a acção de indemnização⁽²¹¹⁾ (todas acções relativas à acção da Comunidade e das suas instituições) bem como ainda a acção de incumprimento⁽²¹²⁾ (relativa ao incumprimento, pelos EM, das obrigações decorrentes do Tratado). Esta última via não é acessível aos particulares, tão só à Comissão e aos EM.

O reenvio prejudicial⁽²¹³⁾ é o meio jurisdicional através do qual os tribunais nacionais remetem a apreciação da validade ou da interpretação dos actos de direito da União para o TJ. Com efeito, tendo o TJ competência exclusiva para decidir sobre a validade e a interpretação dos actos normativos da UE, devem os tribunais

⁽²⁰⁶⁾ Segue-se, aqui, a sistematização adoptada em MÁRIO FERREIRA MONTE, «O sistema judicial europeu e o controlo jurisdicional em matéria penal: reflexões em torno do direito vigente e do Tratado de Lisboa», in MANUEL DA COSTA ANDRADE/MARIA JOÃO ANTUNES/SUSANA AIRES DE SOUSA (orgs), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra Editora, 2010, pp. 733, 737-745.

⁽²⁰⁷⁾ Arts. 230.º, 231.º e 233.º do TCE.

⁽²⁰⁸⁾ Arts. 232.º e 233.º do TCE.

⁽²⁰⁹⁾ Art. 241.º do TCE.

⁽²¹⁰⁾ Arts. 242.º e 243.º do TCE.

⁽²¹¹⁾ Arts. 235.º e 280.º do TCE.

⁽²¹²⁾ Arts. 226.º a 228.º e 237.º do TCE.

⁽²¹³⁾ Art. 234.º do TCE.

nacionais, sempre que invocadas tais questões num caso concreto, remeter a questão para o TJ. O reenvio é obrigatório quando não caiba recurso da decisão do tribunal nacional em questão⁽²¹⁴⁾.

Por oposição a esta vasta panóplia de meios de tutela jurisdicional no primeiro pilar, no terceiro pilar as competências do TJ abrangiam, tão só, o reenvio prejudicial⁽²¹⁵⁾ e o recurso de anulação e omissão⁽²¹⁶⁾, bem como a competência para dirimir litígios entre os EM relativos à interpretação ou execução dos actos adoptados em aplicação do art. 34.º, n.º 2, do TUE, e entre os EM e a Comissão relativos à interpretação ou aplicação das Convenções elaboradas ao abrigo da alínea *d*), do n.º 2, do art. 34.º do TUE⁽²¹⁷⁾.

Os meios de tutela jurisdicional no terceiro pilar não eram, porém, apenas limitados no seu número, mas desde logo tinham também uma configuração limitada face ao primeiro pilar. Quanto ao recurso de anulação e de omissão, para fiscalização da legalidade das Decisões-Quadro e das Decisões, com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do TUE ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, bem como em desvio de poder, apenas era reconhecida legitimidade activa à Comissão e aos EM. A via jurisdicional consagrada no art. 35.º, n.º 7, na qual o TJ funcionava como tribunal internacional⁽²¹⁸⁾, não era uma verdadeira “acção de incumprimento”⁽²¹⁹⁾. No que con-

(214) Art. 234.º, § 3.º, do TCE.

(215) Art. 35.º, n.ºs 1 a 4, do TUE.

(216) Art. 35.º, n.º 6, do TUE.

(217) Cf. art. 35.º, n.º 7, do TUE.

(218) Cf. JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, *Direito comunitário e transdisciplinaridade*, RPCC 1/2002, 25 (29) — “como tribunal internacional, compete-lhe decidir os litígios suscitados entre Estados-Membros quanto à aplicação dos tratados. São exemplo dessa competência a solução de diferendos em resultado de disposição compromissória e, mais relevantemente o recurso por incumprimento. É certo que, sendo o recurso por incumprimento normalmente exercido pela Comissão, esta competência é exercida numa espécie de economia interna. Mas a sensibilidade para relações inter-estaduais tem aqui um espaço substancial”. O autor define também as restantes atribuições do TJ, como tribunal constitucional, supremo, administrativo e de instância — cf. pp. 28-29.

(219) MÁRIO FERREIRA MONTE, «O sistema judicial europeu e o controlo jurisdicional em matéria penal: reflexões em torno do direito vigente e do Tratado de Lisboa» (como na nota 206), pp. 733, 746, considera, porém, que “no n.º 7 do art. 35.º está um meio que pode considerar-se muito próximo, com as necessárias adaptações, da acção de incumprimento”.

cerne o reenvio prejudicial existiam especificidades relativamente ao primeiro pilar: o TJ apenas tinha competência para conhecer de questões sobre a validade e interpretação de DQ e Decisões, bem como sobre a interpretação das Convenções elaboradas no quadro do terceiro pilar, e das medidas de aplicação daqueles instrumentos normativos⁽²²⁰⁾, se o EM em questão tivesse feito uma declaração prévia de aceitação dessa competência⁽²²¹⁾. Os EM podiam ainda limitar internamente o reenvio prejudicial às instâncias de cujas decisões não caiba recurso⁽²²²⁾. Em qualquer caso, o TJ não tinha competência ao abrigo do TUE para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços de *law enforcement* dos EM, ou o exercício de responsabilidades que incumbem aos EM em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna⁽²²³⁾.

Com o Tratado de Lisboa, o panorama do controlo jurisdicional sofrerá alterações que vão no sentido da uniformização do sistema judicial da União, de encontro ao modelo do antigo TCE⁽²²⁴⁾. Relativamente à matéria penal, estas alterações trazem consigo não só o alargamento das vias de tutela jurisdicional, mas também a eliminação quase total das restrições às vias de tutela já consagradas para o antigo terceiro pilar, o que, conjugado com o alargamento das competências legislativas das instituições da União em matéria penal, acarretará um aumento significativo da actividade do Tribunal em matéria penal⁽²²⁵⁾.

⁽²²⁰⁾ Art. 35.º, n.º 1, do TUE.

⁽²²¹⁾ Art. 35.º, n.º 2, do TUE. Os EM que não aceitem a competência do TJ têm, ainda assim, o direito de apresentar no TJ alegações ou observações escritas em sede de reenvio prejudicial — art. 35.º, n.º 4, do TUE.

⁽²²²⁾ Art. 35.º, n.º 3, do TUE.

⁽²²³⁾ Art. 35.º, n.º 5, do TUE. A regra mantém-se no TFUE.

⁽²²⁴⁾ Sobre esta matéria, v. MÁRIO FERREIRA MONTE, «O sistema judicial europeu e o controlo jurisdicional em matéria penal: reflexões em torno do direito vigente e do Tratado de Lisboa» (como na nota 206), pp. 733, 750-757; ANNE WEYEMBERGH/VANESSA RICCI, «Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne», in STEFAN BRAUM/ANNE WEYEMBERGH (ed.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace penal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 227.

⁽²²⁵⁾ Assim, em conclusão, MÁRIO FERREIRA MONTE, «O sistema judicial europeu e o controlo jurisdicional em matéria penal: reflexões em torno do direito vigente e do Tratado de Lisboa» (como na nota 206), pp. 733, 757.

Antes de mais, cumpre, porém, mencionar a alteração de nomenclatura, passando o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a ser designado Tribunal de Justiça da União Europeia⁽²²⁶⁾. A instituição Tribunal de Justiça da União Europeia é composta pelo Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Geral⁽²²⁷⁾ e por tribunais especializados⁽²²⁸⁾ (art. 19.º, n.º 1, do TUE-LX). Ao abrigo desta faculdade de criação de tribunais especializados poderá, quem sabe, vir a ser criado um tribunal especializado em matéria penal⁽²²⁹⁾.

Com o desaparecimento da estrutura de pilares, desaparece também — pelo menos como regra geral — a diferenciação de competências do TJ relativamente às matérias dos antigos pilares (da Comunidade e da União). A competência do TJ, garante do respeito pelo direito na interpretação e aplicação dos Tratados, encontra-se definida, em termos gerais, no art. 19.º, n.º 3, do TUE, e concretizada nos arts. 251.º ss. do TFUE. Segundo o art. 19.º, n.º 3, do TUE, o TJ é competente para decidir “*a) sobre os recursos interpostos por um Estado-Membro, por uma instituição ou por pessoas singulares e colectivas; b) a título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos actos adoptados pelas instituições; c) nos demais casos previstos pelos Tratados*”.

Observando o TFUE, pode constatar-se o desaparecimento das particularidades do art. 35.º do TUE, com excepção para a limitação constante do artigo n.º 5, do art. 35.º, do TUE, que consta agora do art. 276.º do TFUE. Tal significa que a generalidade dos meios de tutela jurisdicional anteriormente aplicáveis no primeiro pilar passa a ter aplicabilidade em toda a extensão nas matérias anteriormente pertencentes ao terceiro pilar.

Continuam a distinguir-se as vias de acesso directo ao TJ (através de recursos) e a via prejudicial. No que concerne às vias de

⁽²²⁶⁾ Art. 13.º, n.º 1, do TUE.

⁽²²⁷⁾ Anterior Tribunal de Primeira Instância.

⁽²²⁸⁾ De entre os quais o já existente Tribunal da Função Pública. Outros poderão ser criados, por Regulamento do PE e do Conselho, para “*conhecer em primeira instância de certas categorias de recursos em matérias específicas*” — cf. art. 257.º do TFUE.

⁽²²⁹⁾ Embora não nos pareça que tal suceda a breve trecho.

acesso directo, e diferentemente do que acontecia no TCE, as pessoas passam a estar dotadas de legitimidade activa em pé de igualdade com os Estados e as instituições da UE — muito embora os particulares tenham de demonstrar o interesse na acção, cumprindo o requisito adicional de ser destinatários desses actos ou que os mesmos lhes digam respeito (ou seja, serem afectados de forma equivalente a um eventual destinatário), acrescendo a este último requisito, no caso dos Regulamentos, a desnecessidade de medidas de execução⁽²³⁰⁾. Nas acções de incumprimento contra Estados-Membros, continuam apenas a Comissão e os Estados-Membros a ter legitimidade activa⁽²³¹⁾.

O TFUE prevê ainda a possibilidade de criação de condições e tramitação específicas para os recursos aquando da aprovação de actos normativos concretos⁽²³²⁾.

Deve ainda referir-se a criação de um novo meio de acção directa, que confere aos EM objecto de uma decisão nos termos do art. 7.º do TFUE a possibilidade de sindicá-la judicialmente tal medida⁽²³³⁾.

Nos processos de reenvio prejudicial, o TJ passa a ter também relativamente à matéria penal do antigo terceiro pilar competência independentemente da declaração de aceitação dos EM, podendo o reenvio ser utilizado por quaisquer instâncias, com obrigatoriedade de reenvio para a última instância⁽²³⁴⁾. Nos casos em que o reenvio tenha lugar em processo à ordem do qual pessoa se encontre detida, o processo perante o TJ terá natureza urgente⁽²³⁵⁾.

⁽²³⁰⁾ Cf. art. 263.º do TFUE.

⁽²³¹⁾ Arts. 258.º e 259.º do TFUE.

⁽²³²⁾ Art. 263.º, n.º 5, do TFUE.

⁽²³³⁾ Art. 269.º do TFUE.

⁽²³⁴⁾ Art. 267.º do TFUE.

⁽²³⁵⁾ Cf. art. 267.º, § 4.º do TFUE. Existe um *processo prejudicial de urgência* que foi criado ainda na vigência do Tratado de Nice e se tornou aplicável a partir de 01.03.2008 (art. 23.º-A do Estatuto do Tribunal de Justiça e 104.º-B do Regulamento do Tribunal de Justiça) — cf. Decisão do Conselho, de 20.12.2007, que altera o Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça e alterações ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça adoptadas pelo Tribunal de Justiça em 15.01.2008 (JOUE L 24, de 29 de Janeiro de 2008, p. 39). Sobre este processo, v. ADAM LAZOWSKI, «Towards the reform of the preliminary ruling procedure in JHA Area», in STEFAN BRAUM/ANNE WEYEMBERGH (ed.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace penal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 212.

A extensão de competências do TJ relativamente às matérias de natureza penal constitui, sem dúvida, um dos marcos do Tratado de Lisboa⁽²³⁶⁾. É sabido que o TJ tem sido, muitas vezes em momentos de impasse político, o motor da integração europeia⁽²³⁷⁾. Dotado agora de competências equivalentes às anteriormente previstas para o primeiro pilar, com algumas alterações, é muito provável que o TJ venha a ser, no futuro, também o motor da integração penal na União Europeia⁽²³⁸⁾. Espera-se, sobretudo, que o TJ, no seguimento da sua jurisprudência que reconheceu os direitos fundamentais como princípios gerais de direito da União, limitadores da acção das União, configure o direito penal da União Europeia como um direito penal no qual são respeitados os princípios do Estado de direito, os direitos e liberdades fundamentais consagradas na CDFUE e na CEDH. Neste ponto em particular, não é demais recordar que o Tratado de Lisboa prevê expressamente a vinculatividade da CDFUE, a qual tem natureza de direito primário da União⁽²³⁹⁾. Tal disposição permite sindicar perante o TJ, agora directamente, a validade dos actos das instituições da União, bem como dos actos dos EM em aplicação do direito da União⁽²⁴⁰⁾, por violação da CDFUE. O novo TUE reconhece também expressamente a vigência dos direitos fundamentais garantidos na CEDH e resultantes das tradições constitucionais comuns aos EM como

⁽²³⁶⁾ Assim, ANNE WEYEMBERGH/VANESSA RICCI, *Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne* (como na nota 224), p. 230. Muito embora, como bem salienta MÁRIO FERREIRA MONTE, «O sistema judicial europeu e o controlo jurisdicional em matéria penal: reflexões em torno do direito vigente e do Tratado de Lisboa» (como na nota 206), pp. 733, 757, seja “*fundamental não perder o norte*”, ou seja, não esquecer que as competências do TJ dizem respeito ao direito emanado das instituições da União, não dos EM.

⁽²³⁷⁾ Cf., representativamente, JOSÉ NARCISO CUNHA RODRIGUES, «Direito Penal Europeu: o tempo e o modo», (como na nota 58), p. 865.

⁽²³⁸⁾ MÁRIO FERREIRA MONTE, «O sistema judicial europeu e o controlo jurisdicional em matéria penal: reflexões em torno do direito vigente e do Tratado de Lisboa» (como na nota 206), pp. 733, 758, afirma que o TJ poderá mesmo ser “*determinante para o futuro do direito penal europeu*”.

⁽²³⁹⁾ Art. 6.º, n.º 1, da TUE. Neste sentido, MARTIN HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon* (como na nota 71), 406 (408).

⁽²⁴⁰⁾ Cf. art. 51.º, n.º 1, da CDFUE.

princípios gerais de direito da União⁽²⁴¹⁾, bem como prevê a adesão da União à CEDH⁽²⁴²⁾. Tais disposições permitirão sindicar os actos das instituições da União face à CEDH, quer perante o TJ, quer ainda perante o TEDH (em moldes ainda desconhecidos, a constar do acto de adesão a negociar). Parecem, assim, estar reunidas as condições para o TJ cumprir o papel de garante de que o ELSJ se torne um verdadeiro espaço único *de direito*, no qual são integralmente respeitados os direitos e as liberdades fundamentais, como é próprio de um Estado de direito. Papel que se torna fundamental tanto mais quanto seja necessário desenvolver novos princípios, próprios do direito da União, mas também face à necessidade de reinterpretar princípios estaduais tradicionais à luz da natureza da União e do ELSJ⁽²⁴³⁾. Papel que, estamos em crer, o TJ cumprirá, sob pena de surgirem, em última análise, diferendos entre o defendido por esta instituição da União e os Tribunais Constitucionais nacionais, o que poderia colocar em causa os fundamentos da própria União.

V. Conclusão

Dissemos, ao iniciar, que não existe *ainda* um direito penal da UE. Após a leitura do presente contributo, não restarão dúvidas sobre o motivo da utilização do vocábulo *ainda*.

Antes do Tratado de Lisboa, houve uma grande evolução legislativa e política no sentido do aprofundamento da cooperação em matéria penal entre os EM através dos mecanismos da UE.

⁽²⁴¹⁾ Art. 6.º, n.º 3, do TUE.

⁽²⁴²⁾ Art. 6.º, n.º 2, do TUE.

⁽²⁴³⁾ Como já aconteceu, de resto, com o princípio *ne bis in idem*. Sobre este princípio no direito da União, v. o nosso *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra Editora, 2009, e a bibliografia aí citada. V. também ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, «A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (aspectos de um processo ainda não transitado)», in MANUEL DA COSTA ANDRADE/MARIA JOÃO ANTUNES/SUSANA AIRES DE SOUSA (orgs), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra Editora, 2010, p. 936.

Não obstante, tal cooperação não passava pela criação de um direito penal europeu autónomo, com princípios, regras de parte geral, tipos penais e um processo penal autónomos. Antes, o próprio método da cooperação intergovernamental a isso se opunha. Com o Tratado de Lisboa, tudo muda.

Visto o quadro institucional do direito penal da União Europeia, conclui-se que o Tratado de Lisboa representa um aprofundamento da integração europeia nesta matéria. Aprofundamento que resulta numa maior abrangência, numa maior participação da Comissão e do Parlamento Europeu no processo de criação normativa e, também com uma competência abrangente do Tribunal de Justiça, num maior controlo do respeito pelos Tratados em matéria penal e numa maior efectividade e coercibilidade das normas da UE neste domínio.

A competência da UE em matéria de cooperação judiciária penal é já muito alargada e dotada de um, ainda que incompleto, amplo instrumentário normativo e institucional. Embora consagrando alguns mecanismos de protecção dos sistemas estaduais, caracteriza-se agora pelo método da integração.

Seria, contudo, recomendável alguma cautela e reflexão sobre o exercício das novas competências conferidas pelos Tratados, pelo seu enorme impacto nos sistemas penais nacionais.

Com efeito, o direito penal da UE tem conhecido — num espaço de tempo muito curto para o que era usual nesta área de cooperação — um desenvolvimento muito acelerado e aprofundado. No entanto, as consequências políticas, dogmáticas e práticas deste aprofundamento estão ainda por vislumbrar.

Muito embora o direito penal da União tenha conhecido um enorme desenvolvimento normativo durante a vigência dos Tratados de Amesterdão e Nice, tal desenvolvimento não foi, ainda, completado ao nível da implementação nos direitos internos dos EM. Quer por não ter decorrido o respectivo prazo para a transposição das medidas aprovadas, quer por incumprimento dos EM na transposição — incumprimento esse que apenas poderá ser sancionado decorrido o período transitório previsto no Tratado de Lisboa, ou ocorrendo alteração dos instrumentos respectivos.

Alargar competências, aprovar novos instrumentos, criar novos organismos ou entidades ou alterar a configuração dos organismos com competência em matéria penal da UE nesta com base em princípios de construção ainda frágil e cujos problemas de aplicação só agora estão a surgir com acuidade — pois, em rigor, só o Mandado de Detenção Europeu tem já algum tempo de aplicação que começa a permitir a identificação de tais problemas — são tarefas que exigem cautela e que devem ser exercidas paulatinamente e, sobretudo, com uma orientação determinada.

Os Tratados consagram o “quando” do direito penal europeu. Falta o “como” e, sobretudo, o “porquê”.

Todo o instrumentário penal da União parece ter falta de um rumo. Para além da enunciação do objectivo de estabelecer um espaço sem fronteiras internas, quer para os cidadãos, quer para as autoridades dos EM, como se concretiza este espaço? Como, em concreto, e segundo que princípios será definido o direito penal da UE? Qual a política criminal da União? Qual o fundamento, a finalidade e a legitimidade do direito penal da UE? Nas palavras de SILVA DIAS⁽²⁴⁴⁾, afinal “*de que Direito Penal precisamos nós Europeus?*” — Pergunta que se aplica não só ao direito penal substantivo, mas também ao direito processual penal.

O Tratado de Lisboa prevê os instrumentos para a criação do direito penal europeu, mas não concretiza claramente os objectivos desse direito⁽²⁴⁵⁾. Não pode, porém, admitir-se que o direito penal seja consagrado como mero meio de efectivação do restante direito da UE, desconsiderando o seu particular significado ético ou valorativo. Aliás, o argumento da efectividade da protecção das normas do ordenamento da União através do direito penal não pode deixar de ter presente a circunstância de que o objectivo de uma política criminal nunca pode ser a (utópica) supressão da prática de infracções, mas tão só a contenção do crime em níveis socialmente

⁽²⁴⁴⁾ AUGUSTO SILVA DIAS, *De que direito penal precisamos nós europeus?* (como na nota 3), 305.

⁽²⁴⁵⁾ Neste sentido, embora ainda com referência ao Tratado Constitucional, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Europeu Emergente* (como na nota 13), pp. 144-147.

aceitáveis, que não ponham em causa os fundamentos da convivência social. Descurar esta condicionante pode levar a um agravamento da repressão penal que não é inversamente proporcional à diminuição do crime, mas que agrava com igual intensidade as restrições estaduais às liberdades e direitos fundamentais individuais.

Não obstante a actual ausência de uma política criminal da UE, não podemos no entanto dizer que não existe qualquer ordem de valores do direito penal da UE.

O direito penal da UE tem que servir a protecção de bens jurídicos fundamentais à convivência social nos EM e no espaço comum por estes construído. O direito processual penal na UE tem que visar a prossecução penal com respeito pelos princípios do Estado de direito democrático, através de um processo justo e equitativo com amplas garantias. Além do mais, o direito penal da UE tem de ter em conta a natureza e as necessidades particulares da União, não interferindo em matérias que lhe estão vedadas pelos princípios da subsidiariedade da sua acção face à dos EM e da proporcionalidade. O direito penal da UE, por restringir os direitos e liberdades fundamentais dos seus cidadãos e dos sistemas dos EM, que fundamentam o sistema da UE, só pode ser criado quando efectivamente necessário, por não poderem ser preservados de forma efectiva a nível nacional os valores da União e dos seus EM. Se o direito penal nacional é a *ultima ratio* da acção estadual, o direito penal da UE terá de ser a *ultima ratio* da *ultima ratio* estadual.

Propostas têm surgido na doutrina que procuram criar, solidificar ou sistematizar um sistema penal europeu. E têm-no feito com base num modelo constitucional que — embora com as necessárias adaptações à nova realidade em que se manifesta o *ius puniendi* público — se desenvolveu e consolidou nos últimos dois séculos⁽²⁴⁶⁾. A construção europeia não implica o fim desse

(246) No mesmo sentido, sobre a suficiência do modelo constitucional liberal para o direito processual penal de amanhã, relativamente ao qual um dos problemas que se coloca é o da internacionalização, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «O processo penal português: problemas e perspectivas», in MÁRIO FERREIRA MONTE *et al.* (coord.), *Que futuro para o direito processual penal?*, Coimbra, 2009, pp. 806, 807-808.

modelo, tão só a sua reconstrução à luz da nova realidade e necessidades. Exemplos de tentativas de sistematização político-criminal podem encontrar-se no grupo de trabalho liderado por SCHÜNEMANN⁽²⁴⁷⁾, ou no contributo de SIEBER⁽²⁴⁸⁾. Ou, ainda, na mais recente “*European Criminal Policy Initiative*”⁽²⁴⁹⁾. Definindo um conjunto de princípios considerados fundamentais para uma política criminal adequada ao nível da UE, esta última evidencia as incoerências resultantes dos actuais instrumentos face a esse conjunto de princípios: princípio da proporcionalidade (do qual se retira a exigência da necessidade de finalidades legítimas de protecção e da utilização do direito penal como *ultima ratio*); princípio da culpa; princípio da legalidade; princípio da subsidiariedade e princípio da coerência⁽²⁵⁰⁾. Muito embora alguns instrumentos (intencionalmente ou não) evidenciem aspectos positivos, daquela análise destaca-se, a título exemplificativo, a preocupante definição nos instrumentos da UE de molduras penais equivalentes para autores e participantes, ou para crimes com diferente danosidade social, a definição de elementos objectivos dos quais se deve presumir o dolo, a protecção do direito administrativo através do direito penal ou a criminalização de condutas relativamente às quais não consegue identificar-se o concreto bem jurídico a prote-

⁽²⁴⁷⁾ BERND SCHÜNEMANN (ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Heymann, 2006. Esta proposta visa essencialmente a criação de um processo penal transnacional, com determinação do EM competente para a prossecução, aplicando-se o direito penal respectivo, bem como com a criação de um organismo intitulado “Euro-defensor”, para restituir a igualdade entre acusação e defesa, afectada pelo desenvolvimento de formas de prossecução transnacionais. No entanto, não deixa de fazer menção à política criminal no referente ao direito penal substantivo, em ROLAND HEFENDEHL, «Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?», in BERND SCHÜNEMANN (ed.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Heymann, 2006, pp. 204-221, também publicado em ZIS 6/2006, 229.

⁽²⁴⁸⁾ ULRICH SIEBER, «O futuro do direito penal europeu — uma nova abordagem dos objectivos de um sistema de direito penal europeu», in MÁRIO FERREIRA MONTE *et al.* (coord.), *Que futuro para o direito processual penal?*, Coimbra, 2009, p. 153.

⁽²⁴⁹⁾ AAVV, *Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik*, ZIS 12/2009, 697. Cf. na mesma publicação HELMUT SATZGER, *Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe, European Criminal Policy Initiative*, ZIS 12/2009, 691.

⁽²⁵⁰⁾ HELMUT SATZGER, *Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe „European Criminal Policy Initiative“* (como na nota 249), 691(694).

ger. Só uma política criminal estruturada e orientada poderá, pois, conduzir a uma alteração desta realidade.

É, pois, urgente que o legislador nacional e as instituições da UE pensem esta política criminal da UE, reflectindo sobre propostas da doutrina, e definam materialmente o direito penal da União. Na véspera da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Presidente do Parlamento Europeu referiu que, no século XV, os navegadores portugueses partiram para explorar as águas não cartografadas do mundo, mas que agora, no novo mundo globalizado, os europeus tinham um mapa para os guiar — o Tratado de Lisboa⁽²⁵¹⁾. Se os legisladores nacionais e da UE não reflectirem seriamente na justificação, finalidade e instrumentos da construção de um sistema penal coerente para a UE e os seus EM, de pouco servirá o mapa... e daí não resistirmos a aproveitar as palavras de Camões, aqui para questionar, no que concerne ao futuro do direito penal europeu: por mares nunca dantes navegados, com o Tratado de Lisboa, edificar-se-á novo Reino?

⁽²⁵¹⁾ Cf. <<http://www.europarl.europa.eu/president/ressource/static/newsletter/newsletter-3/newsletter.html?ts=1277465318672>>.