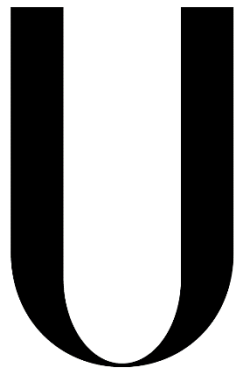


Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

O Direito Penal da União Europeia

Inês Miguel Rodrigues de Azevedo Nunes Pires

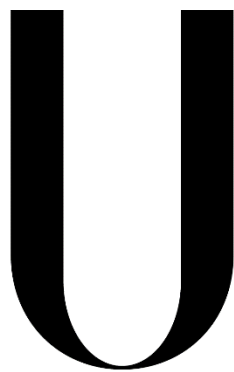
Dissertação

Mestrado em Direito Internacional e Relações Internacionais

2016

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

O Direito Penal da União Europeia

Inês Miguel Rodrigues de Azevedo Nunes Pires

Dissertação orientada pela Prof.^a Dr.^a Maria José Rangel de Mesquita

Mestrado em Direito Internacional e Relações Internacionais

2016

Aos meus pais, aos meus irmãos

RESUMO

A eliminação do controlo interno das fronteiras, um feito tremendo na construção da União Europeia, que veio permitir que a livre circulação de trabalhadores, serviços, bens e capital de um Estado-membro para outro, teve como efeito adverso a proliferação da criminalidade transfronteiriça, que muitas vezes ou tem origem fora da União ou ocorre em mais do que um Estado-Membro, e que tem vindo a aumentar devido a fatores como a globalização, relações de comércio mais fortes e progresso tecnológico. Os grupos criminosos olham para a União Europeia como uma “única área de atuação”. É por isso necessário que os Estados-Membros cheguem a um acordo relativamente ao modo de prevenção, combate e sanção aos crimes que os ameaçam e afetam, devendo atuar de um modo concertado e harmonizado.

Nos últimos anos temos vindo a assistir a inúmeros desenvolvimentos no domínio da cooperação judiciária em matéria penal e cooperação policial, mas a verdade é que os Estados-Membros sozinhos não dispõem de meios suficientes para combater o crime transfronteiriço e, como tal, é necessário que os mesmos unam forças e recursos para o fazerem.

Neste trabalho procura-se abordar o direito penal da União Europeia sob a perspetiva da harmonização e aproximação legislativa, uma vez que, não sendo possível à União criar um código de direito penal ou de direito processual penal, a harmonização e aproximação de disposições legislativas não os meios de eleição para a criação de legislação europeia em matéria penal e de cooperação policial.

ABSTRACT

The elimination of internal border control was a tremendous feat in the European Union, allowing the free movement of workers, services, goods and capital from one Member State to another. However, it also cause the proliferation of cross-border crime, which often either originates from outside the EU or occurs in more than one Member State, and has increased due to factors such as globalization, stronger trade relations and technological progress. Criminal groups look to the EU as a "single area of activity". Thus, it is crucial that Member States reach an agreement as to how to prevent, fight and punish crimes that threaten and affect them and that they do so in a concerted and harmonised way.

In recent years, we have been witnessing numerous developments in the field of judicial cooperation in criminal matters and police cooperation, but the truth is that Member States alone do not have the sufficient means to fight cross-border crime and, as such, it is necessary they join forces and resources to do so.

This thesis seeks to address the criminal law of the European Union from the perspective of harmonisation and legislative approximation, which, since it is not possible for the Union to create a criminal law code or criminal procedural law, are the preferred means for the creation of European legislation in the field criminal law and police cooperation.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	VIII
PARTE I	14
I. O Direito Penal da União Europeia	14
II. Aspetos Históricos	18
III. Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça	25
PARTE II	33
IV. O Direito Penal da União Europeia no Âmbito do Tratado de Lisboa	33
A. <u>Cooperação Judiciária em Matéria Penal</u>	34
B. <u>Cooperação Policial</u>	51
V. O Programa de Estocolmo e o panorama até 2020	54
PARTE III	66
VI. Princípio do Reconhecimento Mútuo	66
VII. Direito Material do Direito Penal da União Europeia	73
A. <u>A competência da União na produção normativa e harmonização em sede de cooperação judiciária em matéria de direito material penal da União Europeia</u>	73
B. <u>Eurocrimes</u>	78
VIII. Direito Processual Penal da União Europeia	82
A. <u>A competência da União na produção normativa e harmonização em sede do direito processual penal da União Europeia</u>	82
B. <u>Princípios gerais e instrumentos europeus do direito processual penal</u>	84
PARTE IV	86
IX. A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e no domínio do Direito Penal da União Europeia	86
A. <u>A competência do TJUE no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça antes e depois do Tratado de Lisboa</u>	86

B. <u>As disposições Transitórias</u>	92
C. <u>A competência do TJUE no domínio do direito penal da União Europeia antes e após Lisboa</u>	95
D. <u>Exceção de competência do TJUE – artigo 276.º TFUE</u>	105
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS E PERSPETIVAS DE FUTURO</u>	CVII
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	CXII

INTRODUÇÃO

Qualquer trabalho ou artigo sobre o direito penal da União Europeia deve, acima e primeiro que tudo, começar por procurar responder à seguinte questão: Qual é a necessidade de um direito penal da União Europeia?¹. Este será, por isso, o ponto de partida para o nosso trabalho.

Aquando a criação da CEE, parecia óbvio que o direito penal era um domínio da competência dos Estados-Membros em que a Comunidade não devia interferir. No entanto, não demorou muito até que se perceber que o direito da União Europeia tem efeitos no direito penal dos Estados-Membros. Esses efeitos podem ser negativos, uma vez que, de acordo com o princípio do primado do direito da União Europeia, qualquer disposição normativa europeia (mesmo sobre a lei penal) pode “entrar em conflito” com a lei nacional² e porque, proíbe que os sistemas de justiça penal nacionais sejam usados de modo a frustrarem os objetivos e políticas a União. Esta é uma das obrigações centrais que o Tratado de Lisboa impõe aos Estados-Membros, que devem tomar «(...)todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União»³. Ora, existem situações em que as medidas adequadas são o recurso ao direito penal e um Estado-Membro que não o faça estará a violar esta obrigação⁴.

Por oposição, a aplicação do direito da União Europeia surte também efeitos positivos no direito penal nacional, uma vez que cria novas normas europeias que

¹ J.R., SPENCER, “EU Criminal Law – the present and the future?”, in A Constitutional Order of States: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood, The European Criminal Law Association, 2011

² Assim, por exemplo, a existência de uma disposição relativa à livre circulação de capital significa que a lei nacional não pode punir a transferência de capital de um Estado-Membro para outro.

³ Artigo 4.º/3 §2 TUE

⁴ Foi o caso do processo C-265/95, *Comissão das Comunidades Europeias c. República Francesa*, de acordo com o qual o Tribunal condenou a França quando as autoridades francesas «(...) a passividade das autoridades francesas face a atos de violência cometidos por particulares e por movimentos reivindicativos de agricultores franceses contra produtos agrícolas provenientes de outros Estados-Membros».

obrigam os sistemas de justiça penal nacionais a alterarem as normas existentes e a substituí-las pelas primeiras⁵.

Nos últimos anos, temos vindo a assistir a um rápido crescimento da produção de legislação europeia de direito penal e a principal razão por detrás deste crescimento, parece ser o surgimento da “quinta liberdade”⁶. A eliminação do controlo interno das fronteiras, um feito tremendo na construção da União Europeia, que veio permitir que a livre circulação de trabalhadores, serviços, bens e capital de um Estado-membro para outro, teve como efeito adverso a proliferação da criminalidade transfronteiriça, que muitas vezes ou tem origem fora da União ou ocorre em mais do que um Estado-Membro, e que tem vindo a aumentar devido a fatores como a globalização, relações de comércio mais fortes e progresso tecnológico. Os grupos criminosos olham para a União Europeia como uma “única área de atuação”.

Face a isto, é fundamental que os Estados-Membros cheguem a um acordo relativamente ao modo de prevenção, combate e sanção aos crimes que os ameaçam e afetam, devendo atuar de um modo concertado⁷ e harmonizado⁸. Como iremos ver, nos últimos anos temos vindo a assistir a inúmeros desenvolvimentos no domínio da cooperação judiciária em matéria penal e cooperação policial, mas a verdade é que os Estados-Membros sozinhos não dispõem de meios suficientes para combater o crime transfronteiriço e, como tal, é necessário que os mesmos unam forças e recursos para o fazerem. Iremos ver também que chegar a acordo

⁵ Será, por exemplo, o caso das disposições relativas à cooperação com novas agências europeias, relativas ao reconhecimento mútuo de decisões judiciais ou relativas à criação de novos tipos criminais.

⁶ J.R., SPENCER, “EU Criminal Law – the present and the future?”, in A Constitutional Order of States: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood, The European Criminal Law Association, 2011

⁷ Neste contexto, foi criado, por exemplo, o Mandado de Detenção Europeu (que iremos abordar mais à frente) e foi incluído o artigo 54.º na Convenção de Aplicação do Acordo Schengen (CAAS), relativa à aplicação do princípio *ne bis in idem*, de acordo com o qual, «(...)aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma ação judicial intentada por uma outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida».

⁸ Para lidar com certos tipos de crimes, será, em primeiro lugar, necessário os Estados-Membros tratem o comportamento em questão enquanto uma infração penal e, em segundo lugar, que as sanções aplicáveis ao delito sejam relativamente semelhantes. Assim, como iremos ver mais adiante, existem vários instrumentos normativos que requerem que os Estados-Membros penalizem certos tipos de atividade indesejada e que os sancionem com determinados tipos de ações, como é o caso do terrorismo ou dos crimes contra os interesses financeiros da União.

nesta matéria não tem sido tarefa fácil, dado essencialmente ao carácter sensível do direito penal, reduto da soberania dos Estados-Membros, e à falta de vontade dos Estados-Membros em desenvolver uma política criminal europeia nos próximos tempos.

Estando perfeitamente cientes de que não existe um Direito Penal da União Europeia na mesma aceção do direito penal nacional, que não existe um código penal e que não há uma aplicação uniforme da legislação europeia de direito penal por todo o território europeu, não podemos, ainda assim, negar que a União Europeia, através de instrumentos normativos de *hard law*⁹ e de *soft law*¹⁰, tem vindo a construir um espaço de justiça comum com vista à cooperação dos Estados-Membros no combate ao terrorismo, tráfico de drogas, armas e de pessoas e crimes económicos e cibercrimes, entre outros. Este espaço, o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (doravante ELSJ) foi proclamando, primeiro com o Tratado de Amesterdão e agora como o Tratado de Lisboa, como objetivo da União Europeia¹¹. A ideia por detrás do ELSJ é a de que os cidadãos irão encontrar um sistema de justiça criminal com um certo nível mínimo de «humanidade,

⁹ A legislação europeia em matéria penal deve ser posta em prática por meios de implementação na ordem jurídica nacional. Assim, o direito europeu cria camadas de legislação (nacional e europeia), que são aplicáveis em casos concretos. Todos os instrumentos jurídicos que têm influência sobre o direito penal determinam o período em que os Estados-Membros devem satisfazer as obrigações de implementação. Nas diretivas, regulamentos e decisões-quadro, tais obrigações podem ser encontradas em um dos artigos finais do instrumento. Este período de execução é de dois anos, como regra, e serve para proporcionar aos Estados-Membros com um prazo razoável para cumprir suas obrigações (André KLIP, *European Criminal Law – an integrative approach*, Intersentia (Antwerp – Oxford – Portland), 2009).

¹⁰ A influência da União tem vindo a alargar cada vez mais e, em consequência, tem vindo a fazer cada vez mais incursões nas áreas mais políticas (*“soft law”*). Nas suas iniciativas legislativas, a União Europeia faz escolhas sobre o que considera ou não ser um delito criminal, e sobre as prioridades na investigação e aplicação da lei, tanto ao nível do direito penal material como ao nível do direito processual penal. A constante insistência pela Comissão de que a fraude contra os interesses financeiros da União é um crime extremamente grave parece ter surtido algum efeito. Tal priorização tem produzido vários efeitos ao nível de legislação, da aplicação e do envolvimento de pessoas e meios. Neste caso, a União Europeia não determina quais regras que devem ser formuladas, mas determina que medidas devem ser tomadas relativamente a um assunto em particular. Os objetivos enunciados no artigo 67.º TFUE dão ao Conselho e aos Estados-Membros os *standards* legais que permitam coordenar as suas operações. Quanto maior a prioridade política, mais difícil é para um Estado-Membro evitar que tenha de seguir uma política comum, porque os instrumentos jurídicos elaborados têm maior valor jurídico e porque há maior pressão política. As reuniões do Conselho Europeu normalmente levam à adoção de planos de ação ou programas que atuam como linhas de orientação para iniciativas específicas para os próximos anos. Assim, eventualmente, parece ser politicamente inevitável que daqui a algum tempo as obrigações dos instrumentos normativos de *soft law* sejam agrupados em instrumentos de *hard law* (André KLIP, *European Criminal Law – an integrative approach*, Intersentia (Antwerp – Oxford – Portland), 2009).

¹¹ Vide ponto III da Parte I

consideração e eficiência»¹². Ora, tal só foi possível com o enfraquecimento do princípio da territorialidade e a criação de mecanismos institucionais e judiciais de cooperação e harmonização, uma tendência que começou ainda antes de Maastricht, que acelerou bastante no início dos anos '00, mas que agora tem vindo a abrandar.

Continuam a ser necessários elos de cooperação mais fortes, o que implica necessariamente um “salto institucional” dentro da UE. Qualquer tentativa de harmonização implica lidar com a soberania de cada Estado-membro e com o seu sistema judicial. Acima de tudo, implica lidar com a constituição dos Estados-Membros e das inúmeras dificuldades que são inerentes a qualquer interferência de autoridades supranacionais em autoridades nacionais, particularmente nas investigações preliminares, recolha de prova, julgamento e sentenças. Facilmente podemos perceber que há ainda um longo caminho pela frente.

Como dissemos no início, o ponto de partida para o nosso trabalho foi tentar encontrar uma resposta para a necessidade existência de um direito penal com dimensão europeia. Ultrapassada esta questão inicial, cabe-nos agora olhar para os contornos que este ramo do direito da União Europeia assume no âmbito da ordem jurídica da União Europeia.

Não sendo fácil delimitar o âmbito de um estudo sobre o direito penal da União Europeia, este trabalho procura abordar o direito penal da União Europeia sob a perspectiva da harmonização e aproximação legislativa¹³. Sem dedicar nenhum

¹² J.R., SPENCER, “EU Criminal Law – the present and the future?”, in A Constitutional Order of States: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood, The European Criminal Law Association, 2011

¹³ Do nosso ponto de vista, é clara a necessidade a harmonização do direito penal na União Europeia, no entanto sabemos que não é uma posição comumente aceite pelos Estados-Membros, uma vez que chegar a acordo nesta matéria não é tarefa fácil e que os objetivos da União também não são claros. Do imenso acervo comunitário existente nesta matéria, é possível identificar três níveis razões que justificam a necessidade de harmonização:

1. A um nível macro e, de acordo com esta posição, a harmonização é visto como um objetivo em si – por outras palavras, não se compreende que numa Europa unida alguém seja sentenciado pelo mesmo crime a uma pena de 4 anos num país e a 6 noutro ou que num país um ato seja considerado um crime e não seja noutro. Assim, não há nenhum ramo do direito que não seja passível de ser “Europeizado”. A impressão de que a harmonização é um objetivo em si é extremamente forte no processo político. Foi uma decisão política dar poderes à União Europeia no domínio do direito penal no Tratado de Maastricht de 1992. Foi uma decisão política criar um quadro institucional no Tratado de Lisboa. Foi assim clara a vontade política em haver uma maior harmonização neste domínio.
2. A um nível meso, encontram-se os argumentos de que combater o crime é mais eficaz se for feito de uma forma harmonizada. O princípio da subsidiariedade do artigo 5.º do TUE parece fundamentar este raciocínio, no sentido de que os problemas europeus comuns exigem uma

capítulo em exclusivo a este tema, a harmonização e aproximação legislativas são as bases que sustentam a criação de legislação europeia em matéria penal e de cooperação policial e, como tal, são transversais ao nosso trabalho. Não sendo possível à União criar um código de direito penal ou de direito processual penal, a alternativa será tentar a harmonização e aproximação de disposições legislativas, que tem como base jurídica o Título V do Tratado de Lisboa, como iremos falar mais à frente.

Assim, na primeira parte no nosso trabalho começamos por dar uma breve definição de direito penal da União Europeia, analisando depois os seus antecedentes históricos e o seu enquadramento no ELSJ. A segunda parte do trabalho é dedicada às bases jurídicas do direito penal da União Europeia e a forma como vêm contextualizadas no Tratado de Lisboa, no Programa de Estocolmo e o

resposta europeia comum. Este argumento está na base de vários instrumentos normativos que têm por base o princípio do reconhecimento mútuo.

3. Por último, a um nível micro e que diz respeito a questões práticas que devem ser reguladas e às necessidades práticas que devem ser satisfeitas. Em geral, não há grandes conceitos por de trás disto. Exemplos incluem a criação de *joint investigation teams*, a EUROJUST e as *European Judicial Networks* e a descrição de "boas práticas" de assistência jurídica mútua. É considerado que será muito mais viável e mais eficaz unir forças quando confrontado com problemas criminais comuns.

Como seria de esperar, existem também fatores que apontam no sentido contrário à necessidade de harmonização do direito penal da União Europeia. O primeiro será que por toda União existem diferentes graus de confiança na eficácia do direito penal. Outro fator será da "luta" interna entre as instituições europeias e o facto de que às vezes parece que esta discussão corre em paralelo com a questão de a União Europeia dever ser ou não responsável por uma determinada área, ou se deve ser deixada aos Estados-Membros.

Haverá também quem questione se a harmonização e aproximação legislativa aproximam de facto dos sistemas de justiça pena. Até à data, a influência da harmonização e aproximação legislativa é bem inferior ao seu potencial, o que pode ser justificado por uma série de razões. A primeira tem que ver com o facto de a legislação europeia em matéria de penal ter um carácter compromissório, o que explica a natureza vaga e não-comprometedora destes instrumentos. A segunda com a utilização de 24 línguas distintas, o que naturalmente causa diferenças na transposição de alguns instrumentos normativos. A terceira diz respeito à transposição de *standards* comuns ser feita à luz dos diferentes contextos nacionais (e será o resultado inevitável dos dois fatores mencionados anteriormente: o estabelecimento de normas relativamente vagas em várias línguas pode levar a uma interpretação que mude o mínimo possível da legislação nacional). A quarta é relativa ao real papel do Tribunal na interpretação das decisões-quadro em questões preliminares, que embora esteja gradualmente a ganhar forma, continua a ser bastante fragmentado, muito devido ao facto de nem todos os Estados-Membros darem a mesma competência ao TJUE (tema que será abordado mais adiante). A última razão tem que ver com o facto de não haver uma visão clara do papel do direito penal na União nem sobre a relação do direito da União e do direito penal. Esta pode até ser a razão mais importante por detrás do fosso entre instrumentos comuns e a aplicação da lei na prática. As iniciativas legislativas procuram dar resposta apenas a questões individuais, sem que sejam analisadas as consequências num contexto mais amplo.

Todas estas posições devem ser tidas em consideração na criação de um verdadeiro direito penal da União Europeia, mas como já tivemos oportunidade de dizer, parece-nos clara a necessidade de harmonização e aproximação legislativa do direito penal da União Europeia, quanto mais não seja a um nível micro e para fazer frente às aos problemas comuns de um modo concertado (André KLIP, *European Criminal Law – an integrative approach*, Intersentia (Antwerp – Oxford – Portland), 2009).

cenário até 2020. Na terceira parte, damos especial enfoque ao princípio do reconhecimento mútuo¹⁴ e à sua importância na construção de uma área de justiça europeia, assim como ao direito material do direito penal e ao direito processual penal da União Europeia. Por sua vez, na parte VI, fazemos analisamos a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE) no ELSJ e, em especial, no âmbito do direito penal da União Europeia. Por último, concluímos com breves considerações finais e considerações relativas às perspectivas de futuro do direito penal da União Europeia.

¹⁴ Como iremos ver ao longo do trabalho, mas essencialmente no ponto VI da Parte III, o princípio do reconhecimento mútuo é a “pedra-angular” da cooperação judiciária em matéria penal e cooperação judicial. Apesar de fazermos breves referências a outros princípios gerais de direito e de direito penal (nacional e da União Europeia), devido às limitações de páginas, optámos por cingir-nos apenas a este princípio.

PARTE I

I. O DIREITO PENAL DA UNIÃO EUROPEIA

Antes de começarmos a olhar para o direito penal da União Europeia, a forma como vem contextualizado no direito primário ou as suas implicações no sistema penal dos Estados-Membros, é fundamental, em primeiro lugar, definir “Direito Penal da União Europeia”.

A expressão “direito penal da União Europeia” sugere que existe um código penal e um código penal processual da União Europeia, assim como uma Procuradoria Europeia. Estes eram os elementos do *Corpus Juris*¹⁵, tal como proposto aquando a sua publicação, em 1997 e em 2000, com a sua revisão. Como sabemos, o *Corpus Juris* foi recebido quase com alguma hostilidade, colhendo críticas bastantes negativas, e como tal nunca foi implementado. Ficamos assim, até hoje, sem uma definição comumente aceite de direito penal da União Europeia, como podemos ver.

Latu sensu, o conceito de direito penal da UE, atentando à fonte e ao objeto¹⁶, inclui todas as normas jurídicas de fonte europeia com conteúdo penal material ou, normas de direito punitivo¹⁷, como, por exemplo, os normativos oriundos das

¹⁵ Que iremos falar mais à frente a propósito da Procuradoria Europeia.

¹⁶ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

¹⁷ No caso *Engel e outros c. Países Baixos*, o TEDH estabeleceu quatro critérios quanto à interpretação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) relativamente ao conceito de acusação penal:

1. *classificação pelo direito nacional* – de acordo com a qual, se uma acusação é considerada de natureza penal pela lei nacional, o artigo 6.º é automaticamente aplicável, mas se a acusação não for penal, tal não quer dizer que este artigo não se aplique. Assim, este critério de classificação não é vinculativo e, como tal, o TEDH opta por analisar as regras substantivas e procedimentais aplicáveis e até à classificação dada por outros Estados àquele tipo de infração;
2. *classificação pela natureza da infração* – 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;
3. *classificação pelo objetivo da punição* – este critério serve para distinguir entre uma sanção criminal ou puramente administrativa.
4. *classificação pela natureza e severidade da punição* – sendo indicadores de natureza penal as privações e limitações de liberdade, de carácter punitivo e dissuasor, excetuando-se aquelas que, pela sua natureza, duração e modalidades de execução, não provoquem um prejuízo importante. O segundo e quarto critérios são alternativos e não cumulativos.

instituições da União Europeia, normas com conteúdo penal material e normas processuais penais (i.e., todas as normas que afetam a prossecução penal ao nível da UE).

Atendendo à fonte, no sentido amplíssimo de direito penal da UE podem incluir-se as normas nacionais que são afetadas, modificadas ou complementadas pelo direito da UE, pela CEDH ou por outros instrumentos normativos de Direito Internacional¹⁸.

Strictu sensu, atendendo à fonte, o conceito de Direito Penal da UE, que perfilhamos, é entendido como «(...)o conjunto de normas com incidência em matéria penal produzidas no quadro institucional da UE (mantendo-se quanto ao objeto o sentido amplo e o sentido amplíssimo)»¹⁹.

Por outras palavras, podemos definir o direito penal da União Europeia como o conjunto de normas de conteúdo penal material (ou normas punitivas) que tiveram origem no quadro institucional da UE²⁰.

Assim, podemos ver que a existência de alguns instrumentos em matéria de cooperação da UE que determinam o seu campo de aplicação por referência aos processos penais e administrativos, e onde caiba recurso a um tribunal com competência penal, os limites do direito penal europeu não são necessariamente determinados pelo legislador interno (*in C. HARBY, N. MOLE, The right to a fair trial – A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, in “Human rights handbooks, No. 3”, Direção Geral dos Direitos Humanos do Conselho da Europa, Estrasburgo, 2006).

¹⁸ Vide por exemplo a Opinião do Advogado-Geral Mazák, apresentadas em 28 de junho de 2007, Processo C-440/05, *Comissão c. Conselho* (pontos 69-71). O AG Mazák faz notar que «(...) não há um conceito uniforme de direito penal e os Estados-Membros podem ter posições muito diferentes quando se trata de identificar com mais detalhe os objetivos que o direito penal deve prosseguir e os efeitos que pode ter. É, pois, difícil falar de direito penal em termos gerais e sem conotações nacionais específicas. Todavia, se tomarmos a Convenção Europeia dos Direitos do Homem como ponto de partida comum, podemos de qualquer modo observar que tem em conta a natureza especial da acusação e das sanções de direito penal ao prever, nos artigos 6.º/2, 3 e 7, garantias processuais e substantivas adicionais e mais amplas nos processos penais do que nos processos civis. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem atribuiu ao conceito de “infração penal” enunciado nesses artigos um significado autónomo e relacionou-o, não primariamente com a classificação no direito interno, mas com a própria natureza da infração e com a natureza e a gravidade da pena que possa ser aplicada. No que toca especificamente ao fim das sanções penais, o Tribunal declarou que “os objetivos de prevenção e de reparação se articulam com um objetivo punitivo e que podem ser considerados elementos constitutivos do próprio conceito de pena”. Penso que se pode afirmar com segurança que o direito penal é caracterizado pela sua natureza dissuasiva e preventiva. Contudo, há que ter em consideração que a prevenção não é o único fim identificável do direito penal e que a forma como este último remedium do direito é usado — como também sublinhado por algumas partes — indica os padrões sociais na base da comunidade em causa, sendo assim, em última análise, inerente à identidade dessa comunidade».

¹⁹ Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008

²⁰ Principalmente, o Parlamento Europeu, Conselho Europeu, o Conselho e a Comissão Europeia. Falaremos sobre o direito de iniciativa e os procedimentos de co-decisão mais à frente. Sobre o papel do TJUE no âmbito do direito penal da UE vide o ponto IX, parte IV.

Dentro do direito penal da União Europeia em sentido estrito, podemos ainda distinguir²¹:

- direito penal material da União Europeia, i.e., o conjunto de normas oriundas do quadro institucional da UE, que estabelecem tipos penais aplicáveis em todos os Estados-Membros e definem pressupostos da responsabilidade criminal²²;
- direito processual penal da União Europeia, i.e., conjunto das normas oriundas do quadro institucional da UE que afetam a efetivação do direito penal material dos Estados-Membros (e, futuramente, do direito penal material da UE), no seio do processo penal em sentido estrito ou de procedimentos de cooperação judiciária internacional²³.

Há ainda quem considere que o direito penal da União Europeia é composto por quatro elementos²⁴, posição com a qual concordamos também. Assim, o direito penal da UE é composto (1) pelas organizações europeias criadas com o propósito de garantirem o melhor funcionamento do mercado internos²⁵; (2) pelos instrumentos normativos europeus relativos o objetivo de permitir que os sistemas de justiça penal dos Estados-Membros para combatam eficazmente os crimes de natureza transfronteiriça²⁶; (3) pelos instrumentos normativos europeus que estipulam regras uniformes do direito penal material e que os Estados-Membros são obrigados a adotar²⁷; e (d) e pelos instrumentos normativos europeus que, de forma semelhante, prescrevem normas de processo penal²⁸.

No nosso entendimento, estas duas últimas definições podem existir pacificamente, sendo complementares uma da outra. O direito penal da União Europeia será assim o conjunto de normas de conteúdo material e processual penal

²¹ Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008

²² Vide ponto VII, parte III

²³ Vide parte VIII, ponto III

²⁴ J.R., SPENCER, "EU Criminal Law – the present and the future?", in *A Constitutional Order of States: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, The European Criminal Law Association, 2011

²⁵ Como por exemplo, o OLAF (Organismo Europeu de Luta Antifraude), a EUROPOL ou a EUROJUST e eventualmente a Procuradoria Europeia. Estas agências serão abordadas mais à frente, em sede própria.

²⁶ Será o caso do Mandado Europeu de Detenção, entre outros.

²⁷ Diretivas relativas aos chamados "Eurocrimes", como a fraude, a corrupção, branqueamento de capitais, terrorismo, criminalidade organizada, tráfico de droga, imigração ilegal, tráfico de pessoas, poluição ambiental, criminalidade informática, pornografia infantil e pedofilia e racismo e xenofobia.

²⁸ Diretivas relativas aos direitos das vítimas, aos direitos das pessoas acusadas e suspeitos e a terceiros afetados pelo procedimento criminal.

relativos a crimes de dimensão transfronteiriça e/ou que interferem com os interesses da União, sendo para tal criadas agências ou organismos europeus que têm como objetivo o garantir o bom funcionamento da área de justiça.

Deste modo, e apesar da União Europeia não poder adotar um código penal europeu²⁹, podemos ver desde logo que o direito penal da União Europeia, «(...)possui princípios próprios, normas próprias e regras de interpretação próprias»³⁰, que diferem das nacionais e do direito internacional público geral.

Face ao que dissemos, entendemos que a ação da UE ao nível do direito penal é crucial. A adoção de normas mínimas relativas aos direitos processuais em processos penais, com vista a um eficiente combate ao crime e de regras comuns de direito penal, que reforçam a confiança mútua entre os sistemas judiciais dos diferentes Estados-Membros, facilitando a cooperação e o reconhecimento mútuo de medidas judiciais, ajudam a prevenir e punir infrações graves à legislação da UE em determinados domínios políticos, como a proteção do ambiente e no combate ao crime transfronteiriço, ao mesmo tempo que fomentam a confiança dos cidadãos num alto nível de segurança em toda a União (tal é de particular importância para todos os que exercem o seu direito de livre circulação)³¹. Além disso, nova legislação pode superar a abordagem fragmentada dos instrumentos existentes e assegurar um sistema de legislação coerente e consistente.

No entanto, como veremos mais à frente, a União ainda tem um longo caminho a percorrer até que a sua ação ao nível do direito penal seja harmonizada em todos os Estados-Membros.

²⁹ Não existem, portanto, tipos penais europeus, aplicáveis diretamente a todos os Estados-Membros, nem um processo penal europeu, no sentido de um processo com regulamentação autónoma, distinto do nacional. No entanto, existem normas europeias que estabelecem elementos mínimos para determinados tipos penais, seja do ponto de vista dos elementos típicos, quer do ponto de vista das sanções aplicáveis, assim como princípios e normas de natureza processual penal e de cooperação judiciária internacional próprias da UE.

³⁰ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

³¹ http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index_en.htm

II. ASPETOS HISTÓRICOS

Sendo o direito penal uma das qualidades mais marcantes da soberania dos Estados, a União Europeia, pela sua base “supranacional”, parecia excluir *a priori* o direito penal do seu domínio. Como tal, os textos fundadores das Comunidades Europeias não fazem qualquer referência ao direito penal.

Não quer isto dizer que os Estados-Membros não estivessem cientes de que o exercício do direito penal não pode ser feito de modo isolado, tendo por isso dado início a uma cooperação internacional a este nível nos anos ‘70.

Assim, os antecedentes do Direito Penal da União Europeia podem ser traçados até 1976, com a criação do Grupo TREVI³², como forma de combater o terrorismo e coordenar o policiamento dentro da Comunidade Europeia. Uma vez que o trabalho do grupo era baseado na cooperação intergovernamental entre os doze Estados-Membros, as principais instituições comunitárias, i.e., a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu estavam automaticamente excluídas. A estrutura do Grupo TREVI tinha três níveis – ministerial (reuniões de seis em seis meses com os Ministros do Interior); altos funcionários (reuniões também de seis em seis meses); e grupos de trabalho (onde participavam altos representantes dos Ministérios do Interior/Administração Interna, da Polícia, da Imigração e Alfândega e de Segurança Interna).

Nos anos 80, o sucesso do Espaço Schengen³³ deu um enorme ímpeto ao desenvolvimento da cooperação a nível europeu no domínio da justiça e assuntos internos.

Aquando a discussão e subsequente entrada em vigor do Ato Único Europeu (AUE)³⁴, com vista á supressão de controlos físicos nas fronteiras, alguns Estados-Membros³⁵ reconheceram a urgência de medidas protetoras da comunidade para combater a criminalidade. Neste contexto e uma vez que esta não era uma opinião

³² Tony BUNYAN, “Trevi, Europol and the European state”, 1993
(in <http://www.statewatch.org/news/handbook-trevi.pdf>)

³³ O chamado Schengen I, foi celebrado entre cinco Estados (Alemanha, França e 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.

³⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3Axy0027>

³⁵ BENELUX, Itália e Alemanha.

partilhada por todos os Estados-Membros, optou-se por desenvolver a cooperação Schengen de acordo com o processo de decisão intergovernamental³⁶ e, como tal, fora do enquadramento da Comunidade Europeia³⁷.

Devido às características próprias do processo de decisão intergovernamental e à sensibilidade dos temas aos quais diz respeito, a lista de assuntos integrantes da Convenção de Execução do Acordo de Schengen (CAAS)³⁸, de 1990, foi incluída no Tratado de Maastricht, no chamado Terceiro Pilar do Tratado³⁹ – o domínio da justiça e dos assuntos internos.

O Tratado de Maastricht veio trazer novas possibilidades à cooperação policial e judicial, dado a sua natureza intergovernamental e ao facto de serem baseadas nos princípios de cooperação⁴⁰.

Contudo, a cooperação entre Estados-Membros ao nível do terceiro pilar acabou por estagnar precisamente devido à sua natureza intergovernamental⁴¹, que limitava a atuação do Parlamento Europeu e do Tribunal Justiça da União Europeia. Começou então a ser discutida a possibilidade de integrar o acervo de Schengen na União Europeia e de se transferir os assuntos integrantes do domínio da justiça e dos assuntos internos que estivessem de alguma forma ligados ao mercado interno

³⁶ Isto é, qualquer ato seria tomado por consenso e aprovação por todos os parlamentos nacionais.

³⁷ J. W., DE ZWAAN, "The new governance of justice and home affairs: Towards further supranationalism", in *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, Capítulo 2, 2011

³⁸ A CAAS, ou Schengen II, entrou em vigor a 01 de setembro de 1993, apenas tendo sido implementada em 26 de março de 1995, devido a problemas de implementação do Sistema de Informação de Schengen (SIS). Para além dos Estados originariamente signatários, faziam parte da CAAS a Itália, Espanha, Portugal e Grécia e mais tarde, a Áustria. Estas convenções estão incluídas num conjunto de limitações normativas aos Estados-Membros, tendo sido desenvolvidas num contexto de cooperação internacional de natureza intergovernamental, com o objetivo de combater os problemas que advém da criminalidade transnacional. Adicionalmente, os Acordos de Schengen introduziram pela primeira vez a colaboração judicial direta em matéria penal, sem recurso à intervenção diplomática.

³⁹ O Tratado de Maastricht, de 1993, introduziu a estrutura de pilares da União Europeia. O primeiro diz respeito a assuntos relacionados com a agricultura, ambiente, saúde, educação, energia, investigação e desenvolvimento. O segundo trata de assuntos de política externa e segurança comum. Por fim, o terceiro pilar engloba assuntos de cooperação policial e judiciária em matéria penal, que variam desde controlo das fronteiras à criação de uma Unidade Europeia de Polícia.

⁴⁰ M. DANE / F.A.N.J. GOUDAPPEL, "European Criminal Law", in *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, Capítulo 10, 2011

⁴¹ Afinal, os atos jurídicos aprovados no contexto do terceiro pilar não produziam efeitos diretos nos ordenamentos nacionais.

– controlo das fronteiras, política de imigração, vistos e asilo –, para o primeiro pilar⁴².

Assim, com o Tratado de Amesterdão, de 1997, surgiu o conceito de Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça⁴³, uma espécie de “novo terceiro pilar”, onde se desenvolveu a cooperação judiciária e policial em matéria penal a nível institucional e normativo, com vista a uma atuação concertada dos Estados que os habilitasse no combate eficaz de uma “nova” criminalidade. Foram também introduzidas mais características supranacionais a este terceiro pilar, assim como maior intervenção por parte do Parlamento Europeu e do Tribunal de Justiça da União Europeia. Relativamente aos assuntos do domínio da justiça e dos assuntos internos relacionados ao mercado interno – controlo das fronteiras, política de imigração, vistos e asilo –, estes foram transferidos para o primeiro pilar. O acervo Schengen foi ainda integrado ou no primeiro ou no terceiro pilar, consoante a natureza dos assuntos. As matérias foram, então, “comunitarizadas”. Adicionalmente, com o Tratado de Amesterdão, as ações comuns no terceiro pilar são substituídas pelas Decisões e Decisões-Quadro⁴⁴, vinculativas.

A entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, gerou um movimento de “harmonização e assimilação”⁴⁵, com base nos artigos 29.º e 31.º, al. e) do TUE.

Neste contexto, em 1999, o Conselho Europeu de Tampere⁴⁶, elegeu o princípio do reconhecimento mútuo⁴⁷ como a “pedra-angular” da cooperação

⁴² Apesar de tudo, foi com o Tratado de Maastricht que foram dados os primeiros passos para o desenvolvimento de formas de cooperação entre os atores policiais e judiciários (EUROPOL e Rede Judiciária Europeia), desvinculadas da soberania dos Estados-Membros e sem intervenção diplomática.

⁴³ A criação e desenvolvimento do Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça foi um dos objetivos do Tratado De Amesterdão.

⁴⁴ Mais tarde, o caso *Pupino* (Acórdão de 16 de junho de 2005, Processo C-105/03,) que veio consagrar o «(...)princípio da interpretação conforme relativamente às Decisões-Quadro adotadas no âmbito do Título VI do Tratado da União Europeia, nos termos do qual ao aplicar o direito interno, o órgão jurisdicional de reenvio chamado a proceder à sua interpretação é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e das finalidades da Decisão-Quadro, a fim de atingir o objetivo visado por esta última e se conformar, assim, com o artigo 34º nº 2º alínea b) do Tratado».

⁴⁵ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

⁴⁶ Conclusões do Conselho de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999

⁴⁷ O Princípio do Reconhecimento Mútuo em matéria penal será analisado mais à frente nesta tese.

judiciária. Foram também acordadas medidas de aproximação e harmonização de legislações⁴⁸ e a criação da EUROJUST⁴⁹.

O Conselho de Tampere e o princípio do reconhecimento mútuo foram cruciais para o desenvolvimento da cooperação entre Estados-Membros, nomeadamente em matéria de prevenção e combate à criminalidade, passando, assim, a ser possível executar decisões de um Estado-Membro diretamente noutro⁵⁰. Podemos ir mais longe e dizer que o Programa de Tampere foi o ato fundador do ELSJ, não só porque surge apoiado numa forte vontade política por parte dos Estados-Membros e da Comissão, mas também porque aparece no rescaldo dos acontecimentos do 11 de setembro⁵¹.

Apesar de o Tratado de Nice vir introduzir (ao nível do direito primário) a EUROJUST, o Tratado mostrou-se ineficiente no seio da cooperação judiciária, uma vez que este não trouxe alterações nem ao nível das competências das autoridades dos Estados-Membros nem ao nível dos procedimentos de decisão.

É ainda de referir a publicação do *Corpus Juris*, em 2000⁵². O *Corpus Juris*, a primeira proposta para a criação da Procuradoria Europeia, surgiu partir da pesquisa

⁴⁸ Para além de reconhecer o Princípio do Reconhecimento Mútuo e a necessidade de aproximação da legislação para uma maior cooperação entre as autoridades e a proteção judicial dos direitos individuais, o Conselho Europeu de Tampere também reconhece a necessidade de aproximação de legislação noutras matérias, nomeadamente no âmbito do sistema comum de asilo e do estatuto do refugiado, do tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros e da ação específica contra o branqueamento de capitais.

⁴⁹ Nos termos do ponto 46 das Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, o Conselho Europeu aprovou a criação da EUROJUST com o fim de reforçar a luta contra as formas graves de crime organizado. A EUROJUST será composta por procuradores, magistrados ou agentes de agentes da polícia nacionais com competências equivalentes, destacados por cada Estado-Membro de acordo com o respetivo sistema jurídico. Adicionalmente, a EUROJUST, deverá ter por missão “facilitar a coordenação adequada entre as autoridades repressivas nacionais e dar apoio às investigações criminais em processos de crime organizado, designadamente com base nas análises da EUROPOL, bem como cooperar de forma estreita com a Rede Judiciária Europeia, em especial a fim de simplificar a execução das cartas rogatórias”. Assim, a EUROJUST foi instituída pela Decisão 2002/187/JAI do Conselho de 28 de Fevereiro de 2002, relativa à criação da EUROJUST a fim de reforçar a luta contra

as formas graves de criminalidade. O reforço da EUROJUST no âmbito do Tratado de Lisboa será analisado mais à frente.

⁵⁰ Neste contexto, foram aprovados inúmeros instrumentos que tiveram por base o reconhecimento mútuo, como por exemplo a Decisão-Quadro sobre o Mandado de Detenção Europeu (Decisão-quadro do Conselho 2002/584/JAI de 13 de Junho de 2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros).

⁵¹ “Towards the negotiation and adoption of the Stockholm Programme successor for the period 2015-2019”, estudo do Departamento C: Direitos dos Cidadãos e Assuntos Constitucionais da Direção-Geral de Assuntos Internos do Parlamento Europeu (2013).

⁵² Versão *online* disponível em

http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_en.pdf

realizada por um grupo de académicos e profissionais, e estabelecia um código penal, identificando as infrações penais em relação à fraude ao orçamento europeu, bem como um processo abrangente para a investigação e repressão de tais infrações. O código previa que a Procuradoria Europeia fosse dirigida por um Procurador europeu independente, cuja principal função seria investigar as violações do código⁵³. A Procuradoria Europeia estaria sediada em Bruxelas, enquanto os procuradores-adjuntos europeus que agiriam sob o Procurador, estariam sediados em cada Estado-Membro (artigo 18.º do Código). Além disso, os tribunais dos Estados-Membros teria jurisdição extraterritorial (não haveria um tribunal federal), o que significa que, por exemplo, tribunais irlandeses seriam capazes de julgar um indivíduo de nacionalidade francesa por uma infração criminal cometida na Alemanha. O *Corpus Juris* foi submetido a um extenso e intenso debate, e, embora tivesse recebido algumas reações positivas, o feedback foi bastante negativo, se não hostil.

Em 2001, a Comissão publicou o Livro Verde sobre a proteção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu⁵⁴, onde era recomendada a alteração do Tratado para permitir a nomeação de um Procurador Europeu. Tal como no *Corpus Juris*, a atuação da Procuradoria Europeia estaria confinada a casos de fraude no orçamento da União. Como seria de esperar, a proposta foi também bastante controversa⁵⁵, já que vários Estados-Membros consideraram que a criação de um cargo como este enfraqueceria sua soberania nacional em matéria de justiça. A criação de uma Procuradoria Europeia também levantava problemas (e continua a levantar) de responsabilidade e de garantias de um julgamento justo, já para não mencionar, muitos eram aqueles que consideravam que a Procuradoria Europeia era desnecessária. O Procurador seria um profissional de justiça, independente dos governos dos Estados-Membros e as instituições da UE. O Procurador teria autoridade para agir por sua própria iniciativa e seria nomeado pela Comissão e por decisão tomada pelo Conselho ao abrigo votação por maioria qualificada. Além disso, o titular oficial teria um mandato não

⁵³ O código reflete, principalmente, o modelo de direito civil, onde o procurador ou juiz de instrução está a cargo da fase de inquérito.

⁵⁴ COM(2001) 715 final, de 11 de dezembro de 2001

⁵⁵ Uma das disposições mais controversas seria que as provas legalmente recolhidas num Estado-Membro seriam automaticamente admissíveis noutros Estados-Membros (nomeadamente, no Estado de julgamento).

renovável de seis anos. O Livro Verde da Comissão seguia a estrutura e funções da Procuradoria Europeia apresentadas no *Corpus Juris*, sugerindo ainda o alargamento do âmbito de atuação a outros crimes, como o crime organizado e abuso de função que lese os interesses financeiros das Comunidades. Eventualmente, a discussão à volta da Procuradoria Europeia foi perdendo o interesse, só voltando a ver reavivada em 2010, com a Presidência Espanhola e o Tratado de Lisboa.

Em 2009, é finalmente ratificado o Tratado de Lisboa, que veio alterar o Tratado da União Europeia (doravante TUE) e o Tratado da Comunidade Europeia, o atual Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (o TFUE).

Assim, o Tratado estabelece a personalidade jurídica da União Europeia⁵⁶, assim como a repartição de atribuição de competências entre a UE e os Estados-Membros e o valor jurídico da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁷.

O procedimento legislativo também sofreu alterações – a Decisão-Quadro foi substituída por Regulamentos e Diretivas. Consequentemente, a generalidade dos instrumentos legislativos passou a ser aprovada segundo o processo legislativo ordinário, i.e., por codecisão do Conselho (por maioria qualificada⁵⁸) e do Parlamento Europeu, sob proposta da Comissão Europeia, ao invés da antiga decisão por unanimidade⁵⁹.

Acima de tudo, o Tratado de Lisboa veio abolir a estrutura de pilares. Consequentemente, a cooperação judicial e penal foi integrada com outros assuntos do ELSJ. Assim, todas as matérias do antigo terceiro pilar passam agora a estar sujeitas à jurisdição do TJUE.

Estas alterações tiveram um tremendo impacto no contexto do ELSJ, como iremos ver de seguida. O que começou por ser uma simples lista de assuntos de interesse comum, veio paulatinamente desenvolver-se num domínio harmonizado, caracterizado por uma abordagem sistemática, com uma estrutura coerente e um

⁵⁶ Artigo 47.º TUE

⁵⁷ Artigo 6.º TUE

⁵⁸ Artigo 16.º TUE e Protocolo n.º 36 relativo às disposições transitórias

⁵⁹ O processo de decisão relativo ao ELSJ será abordado na próxima secção desta tese.

regime geral relativamente ao processo de tomada de decisão e, sobretudo, passou a ser encarado como o segundo objetivo do Tratado da União⁶⁰.

Por último, também em 2009, e na sequência da ratificação do Tratado de Lisboa, é publicado o Programa de Estocolmo⁶¹, onde é dado especial enfoque ao desenvolvimento do direito penal, particularmente através do desenvolvimento de normas mínimas comuns, direitos dos cidadãos, aumento da presença europeia a nível internacional e proteção contra o crime organizado e terrorismo. O Programa de Estocolmo foi o primeiro documento programático da era Lisboa, uma vez que veio implementar uma nova disposição do Tratado, o artigo 68 TFUE. Ao mesmo tempo, pode ser considerado como o último programa multianual adotado pelo Conselho Europeu de acordo com a “antiga” metodologia inaugurada com o Programa de Tampere.

Como iremos ver mais à frente, o Programa de Estocolmo teve um período de vigência de 5 anos (de 2009 a 2014), sendo que desde então não foi ainda criado outro documento programático do género. Parece que as prioridades da União, pelo menos até 2020, são “consolidar, codificar e completar o quadro-legislativo existente”.⁶²

⁶⁰ Artigo 3.º/2 TEU

⁶¹ Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos, aprovado na reunião do Conselho Europeu de 10 e 11 de dezembro de 2009 (2010/C 115/01).

⁶² *Vide ponto V, parte III*

III. ESPAÇO DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA

Antes de olharmos para o Direito Penal da União Europeia, é indispensável que se faça uma breve descrição de como o ELSJ é enquadrado pelo Tratado de Lisboa e qual a sua importância e relevância no domínio material e processual do direito penal da União Europeia.

Com Tratado de Lisboa, a construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça passa a ser o segundo⁶³ objetivo da União Europeia⁶⁴ e é considerada como uma competência partilhada⁶⁵ entre a União e os Estados-Membros⁶⁶. Por último, as disposições do domínio material do ELSJ encontram-se no Título V da Parte III do TFUE, que iremos abordar mais adiante.

Neste contexto, o artigo 67.º/1 TFUE, vincula o desenvolvimento do ELSJ⁶⁷ ao respeito pelos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros⁶⁸. Pela primeira vez, o Tratado de Lisboa qualifica como

⁶³ Nos termos do artigo 3.º/2 TUE, «(...)a União proporciona aos seus cidadãos um ELSJ 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».

⁶⁴ O primeiro (um objetivo global) seria o de promover a paz, os valores e o bem-estar dos povos da União, nos termos do Artigo 3.º/1 TUE.

⁶⁵ Como é sabido, «a delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição» (artigo 5.º TFUE) e, como tal, a União apenas poderá atuar dentro dos limites das competências que lhe forem atribuídas pelos Estados-Membros. Ora, o ELSJ é uma das áreas sujeitas às competências partilhadas entre a UE e os Estados-Membros. Assim, tanto a União como os Estados-Membros podem adotar atos juridicamente vinculativos relativamente às matérias do Título V do TFUE, sendo que os Estados-Membros apenas podem exercer a sua competência na medida em que a União não exerce a sua.

⁶⁶ Artigo 4.º/2, j) TFUE

⁶⁷ O Tratado de Lisboa faz assentar o ELSJ na conjugação de medidas de cooperação operacional e de medidas de natureza legislativa. Nas primeiras, destaca-se o sistema integrado de gestão das fronteiras externas (artigo 77.º TFUE), assente na atuação da FRONTEX, assim como o reforço dos papéis da EUROPOL e da EUROJUST (integrados nos artigos 88.º e 85.º TFUE como agências da União para a cooperação policial e cooperação entre os ministérios públicos nacionais, respetivamente) e a possível criação da Procuradoria Europeia (artigo 86.º TFUE). Nas segundas, o Tratado de Lisboa reconhece que o papel central do reconhecimento mútuo das decisões judiciais exige ou pode justificar, com vista à prevenção da criminalidade e do reforço da atuação repressiva, a aproximação de legislações penal e processual penal dos Estados-Membros, elencando (a título exemplificativo) várias matérias quer no plano da definição substantiva dos crimes, quer no plano dos mecanismos processuais aplicáveis (António VITORINO, “Anotação ao artigo 67.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 371-373).

⁶⁸ Em causa estão os direitos fundamentais contantes da CDFUE (a que o Tratado de Lisboa reconhece força jurídica e natureza de direito primário nos termos do artigo 6.º/1 TUE), os direitos fundamentais resultantes das tradições constitucionais dos Estados-Membros (é de referir as derrogações de que beneficiam o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca, na senda do regime que já lhes era aplicável à luz do Tratado de Amesterdão e que foram objeto de adaptação com a “comunitarização” do antigo terceiro pilar sobre a cooperação policial e judiciária em matéria penal,

políticas comuns da União⁶⁹ o controlo de fronteiras, o asilo e a imigração, «(...)decorrência do princípio basilar na abolição dos controlos de fronteiras internas»⁷⁰.

O n.º 3 deste artigo, de acordo com o qual a União deve garantir um elevado grau de segurança «(...)através de medidas de prevenção da criminalidade, do racismo e da xenofobia e de combate contra estes fenómenos, através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes», consagra o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal, prevendo a possibilidade, na medida do necessário, aproximação das legislações penais⁷¹.

Por último, o n.º 4 consagra princípio reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil e facilitação do acesso à justiça «(...) elementos essenciais do funcionamento do mercado interno e da própria cidadania europeia, em especial na parte referente à liberdade de circulação de pessoas»⁷².

Nos termos do artigo 68.º TFUE, o Conselho Europeu tem a responsabilidade de definir orientações estratégicas da programação legislativa e operacional no ELSJ. É assim reconhecido o papel central do Conselho Europeu no desenvolvimento do ELSJ⁷³. Neste artigo, é clara a intenção de codificar o papel do Conselho Europeu enquanto autor⁷⁴ das referidas orientações estratégicas, assim

assim como as cláusula-travão dos artigos 82.º/3 e 83.º/3 TFUE e a viabilização de uma cooperação reforçada, nos termos do artigo 20.º TFUE) e os que constam da CEDH (a que a União aderiu, tal como alude o artigo 6.º/2).

⁶⁹ Artigo 67.º/2 TFUE

⁷⁰ António VITORINO, “Anotação ao artigo 67.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 371-373

⁷¹ A referência feita pelo artigo 67.º/3 TFUE à aproximação de legislações penais “se necessário” vem consagrar os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade na atuação da União. De acordo com o primeiro, a ação penal da UE deve ser limitada ao estritamente necessário no que toca às restrições de direitos e liberdades fundamentais. Nos termos do segundo, a intervenção da UE em matéria penal só pode ter lugar se as finalidades da União não poderem ser prosseguidas pela ação interna dos Estados-Membros.

⁷² António VITORINO, “Anotação ao artigo 67.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 371-373

⁷³ António VITORINO, “Anotação ao artigo 68.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 374-375

⁷⁴ J. W., DE ZWAAN, “The new governance of justice and home affairs: Towards further supranationalism”, in *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, Capítulo 2, 2011

como a crescente importância do seu papel, enquanto instituição formal da União Europeia⁷⁵.

Este artigo sublinha de forma ainda mais enfática que as matérias políticas do ELSJ estão estreitamente ligadas ao «núcleo central da soberania» dos Estados-Membros⁷⁶. Assim, ao consagrar a específica intervenção do Conselho Europeu enquanto autor das orientações estratégicas e da programação legislativa e operacional do ELSJ, o Tratado de Lisboa atribuiu aos mais altos representantes dos Estados-Membros a responsabilidade de estabelecer as opções estruturantes que norteiam a atuação da União, «(...) numa área que tradicionalmente é da competência dos próprios Estados nacionais e cujas competências, em regra, são atribuídas pelas Constituições nacionais às respetivas instâncias parlamentares»⁷⁷⁷⁸. Do mesmo modo, os artigos 82.º e 83.º TFUE atribuem ao Conselho Europeu um papel central com a possibilidade de utilização da cláusula-travão no âmbito da cooperação em judiciária em matéria penal, sempre que um Estado-Membro entenda que uma legislativa atinge aspetos fundamentais do seu sistema de justiça penal⁷⁹.

Até à data, foram apenas adotados três programas multianuais: o Programa de Tampere (1999-2004)⁸⁰, o Programa de Haia (2004-2009)⁸¹ e o Programa de Estocolmo (2010-2014)⁸². Estes planos têm como objetivo definir as linhas de orientação substantiva dos vários domínios de matérias do ELSJ, assim como identificar as prioridades da ação operacional e legislativa do Conselho e da

⁷⁵ No artigo 15.º TUE, o Tratado de Lisboa institui o Conselho Europeu, enquanto reunião cimeira dos Chefes de Estado e de governo e do presidente da Comissão, na qual também participa o Alto Representante para a Política Externa de Segurança, como instituição da União, autonomizada em relação ao Conselho de Ministros.

⁷⁶ António VITORINO, “Anotação ao artigo 68.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 374-375

⁷⁷ *idem*

⁷⁸ Esta preocupação é confirmada por outras disposições do Tratado, nomeadamente as respeitantes à partilha do direito de iniciativa legislativa da Comissão com um grupo de Estados-Membros (artigo 76.º TFUE) bem como pelo regime especial com fundamento na violação do princípio da subsidiariedade relativamente às matérias de cooperação policial e judiciária, conferido aos parlamentos nacionais pelo no artigo 69.º TFUE. Estas preocupações são o reflexo das cautelas dos Estados-Membros face à abolição da estrutura de pilares e a consequente “comunitarização” da cooperação policial e judiciária em matéria penal.

⁷⁹ Vide ponto *infra* sobre as cláusulas-travão no âmbito da cooperação em judiciária em matéria penal

⁸⁰ Vide nota-de-rodapé 46

⁸¹ Programa da Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos (COM(2005) 184 final de 10.05.2005)

⁸² Vide nota-de-rodapé 61

Comissão durante um período relativamente longo (regra geral, cinco anos), acordando assim um “quadro de referência estável” e legitimado pelos próprios chefes de Estado e de governo.

Uma das principais inovações do Tratado de Lisboa é o direito de os parlamentos nacionais poderem ser informados diretamente pelas instituições europeias⁸³, e não apenas através dos respetivos governos, dos projetos legislativos⁸⁴ em curso⁸⁵. O artigo 69.º TFUE é igualmente inovador, uma vez que cria um «novo sistema parlamentar de escrutínio da subsidiariedade»⁸⁶ que permite uma intervenção direta, ainda que limitada, dos parlamentos nacionais no processo legislativo europeu. O artigo faz referência ao Protocolo (n.º 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade⁸⁷, que impõe que a Comissão faça “amplas consultas” e que as suas propostas legislativas sejam fundamentados relativamente aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade⁸⁸.

Relativamente à implementação de medidas nesta área, de acordo com o artigo 70.º TFUE, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar medidas que estabeleçam as regras através das quais dos Estados-Membros (juntamente com a Comissão) procedem a uma avaliação mútua objetiva e imparcial da execução por parte das autoridades nacionais das políticas da União referidas no Título V⁸⁹. O principal objetivo desta avaliação mútua é o reforço do princípio do reconhecimento mútuo e visava principalmente, não tanto a transposição de normas europeias, mas sim a respetiva aplicação por parte das autoridades europeias nacionais, numa

⁸³ Vide Título I do Protocolo (n.º 1) relativo ao papel dos parlamentos nacionais

⁸⁴ Vide artigo 2.º do Protocolo (n.º1)

⁸⁵ Paulo LOPES MARCELO, “Anotação ao artigo 68.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 376-378

⁸⁶ *idem*

⁸⁷ Que deve ser lido em conjunto com o Protocolo (n.º1).

⁸⁸ Devemos ainda fazer referência ao artigo 7.º/2 deste Protocolo, de acordo com o qual os projetos de ato legislativo relativo ao ELSJ, apenas serão reanalisados quando os casos de pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade representarem pelo menos um quarto dos votos for atribuído aos Parlamentos nacionais.

⁸⁹ A ideia subjacente a esta disposição pode ser encontrada no relatório final do Grupo de Trabalho “Liberdade, Segurança e Justiça” da Convenção sobre o futuro da Europa. Na altura, o terceiro pilar não estava submetido à fiscalização da Comissão Europeia e à jurisdição do TJUE (a não ser se uma forma muito limitada). Nalguns domínios específicos (não era uma aplicação horizontal), os Estados-Membros praticavam a avaliação mútua que, ainda que não fosse um mecanismo administrativo ou judicial de aplicação do direito, era pelo menos um instrumento político de fiscalização (Manuel LOPES ALEIXO, “Anotação ao artigo 70.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 379-381).

perspetiva de eficácia das políticas e não do cumprimento das normas⁹⁰. É de notar que o artigo 70.º TFUE só por si não constitui um mecanismo de avaliação mútua, mas antes confere ao Conselho competências para, sob proposta da Comissão, aprovar «(...)medidas que estabeleçam as regras através das quais os Estados-Membros». Relativamente ao procedimento que deve ser seguido, o artigo não remete nem para o processo legislativo ordinário, nem estipula um processo legislativo especial, não resultando, por isso, na aprovação de ato legislativo. Assim, o Conselho deve deliberar por maioria qualificada⁹¹, podendo no entanto, alterar a proposta da Comissão, sem o consentimento desta, por unanimidade⁹². Do ponto de vista formal, devemos assinalar que o artigo refere apenas «medidas que estabeleçam as regras», deixando à consideração das instituições a escolha quanto ao tipo de ato⁹³.

O artigo 76.º TFUE determina que a Comissão detém um direito de iniciativa exclusivo no âmbito do ELSJ, exceto em assuntos de cooperação judiciária em matéria penal⁹⁴ e cooperação policial⁹⁵, assim como em medidas que asseguram a cooperação administrativa⁹⁶, casos em que os atos podem também ser adotados por um quarto dos Estados-Membros.

Tendo em conta a matéria em causa, é relevante ainda olharmos para o processo de decisão aplicável às matérias elencadas no Título V. Em geral⁹⁷, é aplicado o processo legislativo ordinário, nos termos do artigo 294.º TFUE.

De acordo com este procedimento, a iniciativa, como já foi *supra* dito, pertence à Comissão e a decisão de aprovação é exercida conjuntamente pelo Parlamento e pelo Conselho. As propostas estão sujeitas a discussão durante a primeira e segunda leitura e o Conselho deve decidir por maioria qualificada⁹⁸, enquanto o

⁹⁰ Manuel LOPES ALEIXO, “Anotação ao artigo 70.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 379-381

⁹¹ Artigo 16.º/3 TFUE

⁹² Artigo 293.º TFUE

⁹³ Nos termos do artigo 71.º TFUE, foi criado no Conselho um Comité Permanente (o COSI) com vista a assegurar a promoção e o reforço da cooperação operacional em matéria de segurança interna, assim como a coordenação da ação das autoridades nacionais.

⁹⁴ Capítulo 4, Título V TFUE

⁹⁵ Capítulo 5, Título V TFUE

⁹⁶ Artigo 74.º TFUE

⁹⁷ A exceção será o Título V da Parte III TFUE.

⁹⁸ Artigo 238.º TFUE

Parlamento delibera por maioria dos votos expressos⁹⁹. Caso não haja consenso entre o Conselho e o Parlamento Europeu, dever-se-á recorrer ao Comité de Conciliação¹⁰⁰, que aprovará um texto conjunto que deverá ser confirmado após a terceira leitura¹⁰¹.

No Título V da Parte III do TFUE existem, no entanto, várias exceções ao processo legislativo ordinário e que se relacionam com a especificidade e sensibilidade dos assuntos em questão, nomeadamente:

- disposições relativas aos passaportes, bilhetes de identidade, título de residência ou qualquer outro documento equiparado¹⁰²;
- situações de emergências, caracterizadas por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros¹⁰³;
- aspetos do direito da família com incidência transfronteiriça¹⁰⁴;
- definição de infrações penais e sanções¹⁰⁵;
- a criação de uma Procuradoria Europeia¹⁰⁶;
- cooperação operacional entre autoridades nacionais¹⁰⁷; e
- intervenção no território dos Estados-Membros¹⁰⁸.

Existem ainda duas outras exceções que estão mutuamente relacionadas e que são aplicáveis em certas matérias onde as decisões são adotadas por maioria qualificada, designadamente, a cláusulas-travão e a cooperação reforçada.

As cláusulas-travão foram criadas com o objetivo de permitir a aplicação do processo legislativo ordinário em três domínios políticos (1) medidas de coordenação dos sistemas de segurança social dos trabalhadores migrantes (artigo 48.º TFUE); (2) a cooperação judiciária em matéria penal (artigo 82.º TFUE); e (3) o estabelecimento de regras comuns para determinadas infrações penais (artigo 83.º TFUE). O processo legislativo ordinário é assim atenuado com um mecanismo de “travão”, i.e., um Estado-Membro pode recorrer ao Conselho Europeu se considerar

⁹⁹ Artigo 16.º/3 e 4 TUE, Artigo 231.º/2 e 3 TFUE

¹⁰⁰ Artigo 294.º/10 TFUE

¹⁰¹ Artigo 294.º/13 e 14 TFUE

¹⁰² Artigo 77.º/3 TFUE

¹⁰³ Artigo 78.º/3 TFUE

¹⁰⁴ Artigo 81.º/3 TFUE

¹⁰⁵ Artigo 83.º/1 TFUE

¹⁰⁶ Artigo 86.º/1 TFUE

¹⁰⁷ Artigo 87.º/3 TFUE

¹⁰⁸ Artigo 89.º TFUE

que os princípios fundamentais do seu sistema de segurança social ou do seu sistema de justiça penal são postos em causa pelo projeto legislativo em fase de adoção. Neste caso, o processo é suspenso e o Conselho Europeu ou devolve o projeto ao Conselho, que dá seguimento ao processo tendo em conta as observações formuladas ou põe definitivamente termo ao processo e solicita, se necessário, uma nova proposta à Comissão. Desta forma, o interesse das cláusulas-travão não reside apenas no mecanismo proposto, mas também no facto de permitirem o alargamento do âmbito do processo legislativo ordinário às políticas em causa. Com efeito, a introdução deste mecanismo no processo de decisão permitiu convencer os Estados-Membros mais relutantes a aplicar o processo legislativo ordinário a determinadas políticas às quais se aplicava até agora a regra do voto por unanimidade.

Por sua vez, a cooperação reforçada é, nos termos do artigo 20.º TUE, um procedimento através do qual um mínimo de nove Estados-Membros da UE é autorizado a instituir uma integração ou cooperação avançada numa determinada área no âmbito das estruturas da UE, sem a participação dos restantes Estados-Membros. Desta forma, podem avançar com ritmos e/ou objetivos diferentes dos Estados-Membros que se encontram fora das áreas de cooperação reforçada. O procedimento tem por objetivo superar a paralisia, ou seja, uma situação em que uma proposta é bloqueada por um Estado-Membro ou por um pequeno grupo de Estados-Membros que não pretendem participar na iniciativa. No entanto, a cooperação reforçada não permite alargar as competências além das previstas pelos Tratados da UE. A autorização para avançar com a cooperação reforçada é concedida pelo Conselho mediante proposta da Comissão e após a obtenção da aprovação do Parlamento Europeu.

Como iremos ver de seguida, no âmbito do Espaço Liberdade, Segurança e Justiça, estes dois mecanismos podem ser aplicados em quatro matérias: (1) elaboração do princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais¹⁰⁹; (2) definição de infrações penais e sanções¹¹⁰; (3) criação da

¹⁰⁹ Artigo 82.º/3 TFUE

¹¹⁰ Artigo 83.º/3 TFUE

Procuradoria Europeia ¹¹¹ ; e (4) cooperação operacional entre autoridades nacionais¹¹².

Por fim, cumpre-nos ainda fazer uma última nota relativamente à interpretação das normas que atribuem competência à UE no âmbito do direito penal. Assim, atendendo ao princípio geral da atribuição das competências à UE, e à própria natureza do direito penal e processual penal – inerentes à soberania de cada Estado –, as disposições do Tratado de Lisboa que atribuem competência à UE em matéria penal devem ser interpretadas de forma restritiva e o recurso a tal competência deve ser justificado¹¹³.

¹¹¹ Artigo 86.º/1 TFUE

¹¹² Artigo 87.º/3 TFUE

¹¹³ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

PARTE II

IV. O DIREITO PENAL DA UNIÃO EUROPEIA NO ÂMBITO DO TRATADO DE LISBOA

O direito material do direito penal e o direito processual penal dos Estados-Membros são, como é de esperar, bastante diferentes e variados.

Face a essas disparidades e, se o objetivo é o desenvolvimento do direito penal da União Europeia e a criação de um espaço europeu de justiça criminal, o ponto de partida¹¹⁴ deve ser a cidadania europeia e a noção de que existem determinados interesses que só a União pode proteger pelos seus cidadãos.

As bases para a criação do direito penal da União Europeia e os limites a essa criação encontram-se nos Tratados da União Europeia, um processo que, como já dissemos, começou com o Tratado de Maastricht e culminou agora com o Tratado de Lisboa.

A competência da UE no âmbito do direito penal distingue-se em dois grandes temas, ou capítulos: a cooperação judiciária em matéria penal e a cooperação policial. Em cada um dos capítulos podemos ainda identificar disposições relativas à produção normativa e à harmonização, à cooperação e à atuação das agências europeias relevantes.

¹¹⁴ “Developing a criminal justice area in the European Union”, estudo do Departamento C: Direitos dos Cidadãos e Assuntos Constitucionais da Direção-Geral de Assuntos Internos do Parlamento Europeu, 2014

A. Cooperação Judiciária em Matéria Penal

Relativamente à cooperação judiciária em matéria penal, como já dissemos, os últimos anos trouxeram inúmeros desenvolvimentos ao direito penal da União Europeia. Neste aspeto, é de salientar o Tratado de Maastricht. Apesar de já existirem várias formas de cooperação judiciária e penal, o Tratado de Maastricht trouxe novas possibilidades a estas formas de cooperação¹¹⁵. Muitos destes instrumentos continuam válidos mesmo depois da entrada em vigor do Tratado de Lisboa¹¹⁶. O mesmo pode ser dito sobre a legislação que foi adotada ao abrigo do Tratado de Amesterdão. Dois dos instrumentos mais importantes desta cooperação são o Mandado de Detenção Europeu¹¹⁷ e o Mandado Europeu de Obtenção de Provas¹¹⁸ e que iremos abordar mais à frente, em sede própria.

No entanto, o Tratado de Lisboa veio prever um novo enquadramento legal para a legislação penal, conferindo um forte papel ao Parlamento Europeu e aos parlamentos nacionais e atribuindo ao TJUE um abrangente controlo judicial¹¹⁹.

Começando pelas normas de produção legislativa e de aproximação ou harmonização de legislação, o artigo 82.º/1 TFUE vem estipular que a cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e das decisões judiciais, incluindo a aproximação das disposições regulamentares dos Estados-Membros. Assim, o

¹¹⁵ M. DANE / F.A.N.J. GOUDAPPEL, "European Criminal Law", in *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, Capítulo 10, 2011

¹¹⁶ Nos termos do artigo 9 do Protocolo n.º 36, «(...)os efeitos jurídicos dos atos das instituições, órgãos e organismos da União adotados com base no Tratado da União Europeia antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa são preservados enquanto esses atos não forem revogados, anulados ou alterados em aplicação dos Tratados». É assim atribuído um período transitório a estes atos, após o qual os mesmos, ou pelo menos o seu conteúdo, deve ser transposto para um dos atos jurídicos da União presentes no artigo 288.º TFUE, muito provavelmente uma diretiva. Este tema será abordado mais à frente.

¹¹⁷ Decisão-quadro do Conselho 2002/584/JAI de 13 de Junho de 2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros

¹¹⁸ Decisão-quadro 2008/978/JAI de 18 de Dezembro de 2008 relativa a um mandado europeu de obtenção de provas destinado à obtenção de objetos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais

¹¹⁹ Efetivamente, uma das maiores alterações do em domínio do direito penal teve por consequência a passagem das matérias do antigo terceiro pilar para a jurisdição do TJUE. Adicionalmente, a Comissão pode agora iniciar processos de incumprimento contra os Estados-Membros no domínio penal. No entanto, o TJUE continua sem ter competência para fiscalizar a validade ou proporcionalidade das operações efetuadas pela polícia ou outras agências nacionais, assim como a responsabilidade dos Estados-Membros no que respeita à manutenção da ordem pública e salvaguarda da segurança interna. No ponto IX da parte IV iremos falar sobre a competência do TJUE no ELSJ e no âmbito do direito penal da União Europeia.

Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário¹²⁰, poderão adotar medidas¹²¹ destinadas a:

- a. Definir regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União de todas as formas de sentenças e decisões judiciais;
- b. Prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros;
- c. Apoiar a formação de magistrados e de funcionários e agentes de justiça;
- d. Facilitar a cooperação entre as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, no âmbito da investigação e do exercício da ação penal, bem como da execução de decisões.

Entende-se que esta cooperação não diz respeito a pedidos relativos a decisões judiciais, mas sim a pedidos referentes à «(...) *transferência de processos ou a outras formas de coordenação da ação de autoridades judiciárias ou outras equivalentes de diferentes Estados-Membros, no âmbito da investigação e do exercício da ação penal, bem como da execução de decisões*»¹²². Deste modo, as medidas legislativas a adotar visam favorecer ou facilitar o reconhecimento mútuo.

Apesar de não ser um princípio novo, tendo sido “importado” do primeiro pilar (tema que iremos abordar no ponto VI da parte III), este princípio vem estabelecer que as decisões judiciais emitidas por um Estado-Membro (Estado de emissão) devem ser executadas, sem outras formalidades, por qualquer outro Estado-Membro (Estado de execução), tentando, desta forma, alcançar-se a “livre circulação de decisões judiciais”, sem ou com apenas pouca harmonização de normas e legislações. A aplicação do princípio do reconhecimento mútuo pode, no entanto, e como iremos ver, trazer implicações ao nível das questões de competência e legitimidade e reformular a relação entre a União e os Estados-Membros no domínio do direito penal.

A alínea b), por sua vez, tem em vista os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros, quer do ponto de vista preventivo (podendo abranger medidas

¹²⁰ Artigo 294.º TFUE

¹²¹ Uma vez que não é explicado pelo Tratado, estas medidas podem ser adotadas através de qualquer dos instrumentos jurídicos à disposição da União, nomeadamente uma diretiva, um regulamento ou uma decisão.

¹²² Anabela MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 426-433

de determinação de jurisdição competente ou a transferência de processos entre Estados-Membros)¹²³, quer do ponto de vista da sua resolução¹²⁴, visando mecanismos de coordenação ou a aplicação do princípio *ne bis in idem*.

Já a alínea c) é uma inovação introduzida com o Tratado de Lisboa, destinada a garantir a realização efetiva das medidas de cooperação judiciárias adotadas¹²⁵.

O §2 do artigo 82.º/1 não indica qual deve ser a natureza dos instrumentos legislativos a utilizar, mas, uma vez que se trata de matéria “penal”, a utilização de regulamentos permitiria garantir um elevado grau de uniformidade das regras aplicáveis em todos os Estados-Membros. Não sendo este o caso, as diretivas parecem ser uma continuação dos instrumentos utilizados antes de Lisboa, i.e., as decisões-quadro.

Neste contexto, é de referir que a substituição progressiva das decisões-quadro de reconhecimento mútuo¹²⁶, por regulamentos ou diretivas pode levantar dificuldades, dado aos estatutos especiais do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca relativamente aos novos instrumentos adotados¹²⁷. Desde modo, certas decisões-quadro possam continuar em vigor quanto a estes Estado-Membros, mesmo que a União adote novos instrumentos mais favoráveis, na medida em que estes Estados não participaram na sua adoção (Reino Unido e Irlanda¹²⁸) ou não estejam sujeitos à obrigação de direito internacional público de se lhes conformar (Dinamarca¹²⁹).

O artigo 82.º/1 TFUE refere-se ainda à aproximação dos direitos penal e processual penal como «(...)meios (vias) de construção do espaço penal

¹²³ Tal como já era previsto pelo artigo 31.º, d) do antigo TUE.

¹²⁴ Inovação face ao antigo TUE.

¹²⁵ É uma disposição simétrica ao artigo 81.º/2, h) TFUE, relativa à formação de magistrados e funcionários e agentes de justiça no domínio civil, que parece apontar para que a formação seja abordada de uma forma conjunta, apesar de não se ter optado a seu respeito por uma disposição inserida na parte geral do Título V.

¹²⁶ Nos termos do Protocolo (n.º36) relativo às disposições transitórias, que abordaremos mais à frente

¹²⁷ Protocolo (n.º21) sobre a posição do Reino Unido e da Irlanda relativamente ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e Protocolo (n.º 22) sobre a posição da Dinamarca

¹²⁸ Estes Estados não participaram na adoção de medidas do Título V, Parte III TFUE (e, neste sentido estão “fora da União”, mas podem decidir participar na adoção de qualquer nova medida a título de uma obrigação de direito da União Europeia.

¹²⁹ A Dinamarca também está “fora da União” relativamente a qualquer novo desenvolvimento nesta área. No caso de participar na adoção de qualquer medida nova, será a título de direito internacional público. No entanto, poderá a qualquer momento optar por um regime idêntico ao aplicável ao Reino Unido e à Irlanda (artigo 8.º Protocolo n.º 22). Adicionalmente a Irlanda e a Dinamarca previram a possibilidade de escolha de regime comum, a todo o momento (artigo 8.º Protocolo n.º 21 e artigo 7.º Protocolo n.º 22).

*européu»*¹³⁰. Mesmo com o Tratado de Amesterdão, que a autonomizou “ao lado” da cooperação policial e judiciária em matéria penal, o estatuto da “harmonização” do direito penal nunca foi muito claro. No entanto, entendia-se que a harmonização não aparecia consagrada como “um objetivo em si mesmo” e apontava-se-lhe um estatuto subsidiário, que se manteve até hoje. Assim, a harmonização surge ao lado não só da cooperação policial e judiciária em matéria penal, mas também do reconhecimento mútuo¹³¹, o que parece indicar que é reforçado o entendimento de que a harmonização não um objetivo em si e releva da cooperação judiciária «(...) uma vez que no atual n.º1 do artigo 82.º se dispõe que a cooperação judiciária que assenta no reconhecimento mútuo “incluiu” a aproximação penal e processual penal. Mantém-se, para além disso, o seu estatuto subsidiário»¹³². Relativamente à relação entre a aproximação penal e o reconhecimento mútuo, já no Conselho Europeu de Tampere ficou restabelecida uma hierarquização entre os dois, tendo sido apontado o carácter subsidiário da harmonização relativamente ao reconhecimento mútuo, podendo dizer-se que tinha em vista a harmonização no âmbito do direito penal e processual penal¹³³. Alguma doutrina defende, no entanto, a complementaridade entre estas duas vias, sublinhando que o reconhecimento mútuo não deve prescindir da harmonização nem é uma alternativa a esta¹³⁴.

Por sua vez, o número 2 do artigo mencionado permite ainda, caso seja necessário, que o Parlamento e o Conselho estabeleçam regras mínimas com vista a facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça. Estas regras, que por norma devem ser adotadas através de diretivas deliberadas de acordo com o processo legislativo ordinário, incidem sobre as seguintes matérias:

¹³⁰ Anabela MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 426-433

¹³¹ Artigo 67.º/3 TFUE

¹³² Anabela MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 426-433

¹³³ *idem*

¹³⁴ Neste contexto, a ligação do abandono parcial da dupla incriminação ao reconhecimento mútuo é desnecessária, podendo até, por vezes ser um obstáculo ao reconhecimento mútuo. Assim, a falta de qualquer orientação europeia quanto à definição dos crimes incluída nas listas onde vale a abolição da dupla incriminação, justifica que alguns Estados-Membros reiterem a necessidade de precisão de certas infrações contidas nestas listas. Por outras palavras, a aproximação dos direitos penais nacionais pode facilitar a aceitação da exigência da abolição da dupla incriminação para facilitar o reconhecimento mútuo.

- A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros;
- Os direitos individuais em processo penal;
- Os direitos das vítimas da criminalidade;
- Outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão. Para adotar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.

Este artigo fornece a base jurídica expressa para a aproximação em matéria de direito processual penal, uma inovação do Tratado de Lisboa que veio acabar com a controvérsia sobre a base jurídica da aproximação neste domínio que não estava prevista nem no artigo 29.º, nem no artigo 31.º/1, e) do antigo TUE. É assim consolidada a orientação que vê a aproximação, ainda que limitada pelo objetivo de facilitar o reconhecimento mútuo, como devendo abranger os processos penais nacionais e «(...) não se circunscrever à aproximação das garantias processuais que rodeiam os processos de reconhecimento mútuo. Só concebida naquele sentido ela favorece e aumenta a confiança mútua»¹³⁵.

Posto isto, compreende-se as cautelas que rodeiam a aproximação do domínio processual penal, já que se trata de um «(...) direito vivo, muito ligado às práticas nacionais, que tendem a ser mantidas»¹³⁶, com estruturas, atores e fases processuais consideravelmente diferentes de Estado-Membro para Estado-Membro. Adicionalmente, o direito processual penal é um *continuum* e qualquer alteração deve ter em consideração os potenciais efeitos sobre o equilíbrio do sistema na sua globalidade, especialmente quando forem realizadas pelo legislador europeu, uma vez que podem ter um alcance real muito diferente em cada um dos ordenamentos jurídicos nacionais¹³⁷.

Podemos então apontar três características à aproximação. Em primeiro lugar, como já tivemos oportunidade de dizer, a aproximação não é um objetivo em si mesmo, mas sim um corolário da cooperação para “facilitar” o reconhecimento

¹³⁵ Anabela MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 426-433

¹³⁶ *idem*

¹³⁷ *ibidem*

mútuo das «sentenças e decisões judiciais» e a «cooperação policial e judiciária» nas «matérias penais com dimensão transfronteiriça»¹³⁸. Em segundo lugar, o legislador europeu fala na adoção de “regras mínimas”, o que «(...) não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de proteção das pessoas»¹³⁹. Por último, as regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros (aspeto que pode comprometer uma efetiva aproximação, tendo em conta que esse respeito pelas diferenças pode passar por acionar possibilidades de *opt out-opt in*, exceções e reservas.

A formulação deste artigo demonstra o reconhecimento do legislador europeu sobre a importância da confiança mútua entre os diferentes sistemas judiciais para a construção de um ELSJ, necessária também para assegurar o melhor funcionamento do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais. O artigo 82.º/2 requer, sobretudo, a especificação de normas comuns tanto quanto às questões mais importantes do direito processual penal, como aos direitos de defesa e garantias dos suspeitos ou acusados em processos penais. No entanto, à luz da "harmonização flexível", que caracteriza o ELSJ, tais regras mínimas têm de ter em conta as diferenças entre as tradições e sistemas jurídicos dos Estados-Membros, com vista à elaboração de uma legislação europeia que seja em grande parte aceitável – e, conseqüentemente, de fácil implementação – por todos os Estados-Membros. É particularmente significativo que, nos termos deste artigo, essas normas mínimas sejam aplicáveis apenas a matérias penais com dimensão transfronteiriça. No entanto, esta limitação pode vir a ser ultrapassada com base no artigo 83.º, que permite ao Conselho, por unanimidade e com a aprovação do Parlamento, para estender essa lista de crimes particularmente graves com dimensão transfronteiriça.

¹³⁸ O legislador não fornece qualquer noção de “dimensão transfronteiriça”, pelo que se entende que tenha o seu alcance que lhe atribui no artigo 83.º TFUE.

¹³⁹ É de notar que, deste modo, podem ser postas em causa a segurança jurídica dos cidadãos europeus quanto aos direitos processuais penais de que gozam no seio da União. Adicionalmente, abre-se a porta à emergência de um direito processual penal de garantias mínimas ao nível europeu que, juntamente com a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, “legitima” a possibilidade de exportação de regras processuais penais menos garantistas no âmbito da cooperação no espaço penal europeu (Anabela MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 426-433).

Adicionalmente, o artigo 82.º/3 TFUE prevê uma cláusula-travão, de acordo como o qual sempre que um membro do Conselho considere que um projeto de diretiva a que se refere o n.º 2 prejudica aspetos fundamentais do seu sistema de justiça penal, pode solicitar que esse projeto seja submetido ao Conselho Europeu, ficando assim suspenso o processo legislativo ordinário. No caso de haver consenso, o Conselho Europeu deve, no prazo de quatro meses a contar da suspensão, remeter o projeto ao Conselho, o qual porá fim à suspensão do processo legislativo ordinário.

O parágrafo 2 do artigo 82.º/3 TFUE prevê ainda a possibilidade de haver uma cooperação reforçada, nos termos do artigo 20.º¹⁴⁰. Assim, em caso de desacordo dentro do Conselho Europeu no espaço dos referidos quatro meses e se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projeto de diretiva em questão, esses Estados-Membros notificam o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em conformidade. Nesse caso, considera-se que foi concedida a autorização para proceder à cooperação reforçada.

A inclusão destas disposições no Tratado é bastante indicador de como ainda existem tensões entre os Estados-Membros e a União relativamente ao sistema de integração no ELSJ. Apesar de os arranjos institucionais, a natureza excludente das competências, o carácter vinculativo das normas e mecanismos de execução serem certamente de carácter supranacional, a especificidade das competências, assim como as ferramentas e técnicas empregadas em promover a integração representam uma forte forma de integração diferenciada e que prestam especial atenção para o particularismo dos sistemas nacionais, e não só dos objetivos e legislação comuns.

Por sua vez, artigo 83.º TFUE diz respeito à aproximação em matéria penal. Quando comparado com o artigo anterior, verifica-se desde logo, que não há qualquer referência à relação da aproximação com o princípio do reconhecimento mútuo, nem há qualquer menção à exigência do respeito pelas “diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. No entanto, em ambos os artigos, o legislador europeu prevê um mecanismo de decisão especial¹⁴¹ para os casos em que um Estado-Membro «(...)entende que um projeto de diretiva prejudica

¹⁴⁰ Vide o que foi *supra* escrito sobre a cooperação reforçada.

¹⁴¹ Cláusula-travão e cláusula de aceleração.

“*aspetos fundamentais*” do seu sistema de justiça penal»¹⁴². Com efeito, a via da harmonização, especialmente tendo em conta a alteração ao mecanismo de tomada de decisão relativamente a instrumentos legislativos no domínio penal, é a que pode suscitar maior dificuldade no equilíbrio entre a preservação dos direitos nacionais a criação de um direito penal europeu¹⁴³.

O TFUE atribui à União Europeia três competências específicas¹⁴⁴ em matéria de direito penal, e que dizem respeito (i) à adoção de regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça¹⁴⁵, (ii) à definição das infrações penais e das sanções sempre que tal se mostre indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização¹⁴⁶ e (iii) à proteção dos interesses financeiros da União¹⁴⁷.

Nos termos do artigo 83.º/1, a União Europeia pode adotar diretivas que estabeleçam regras mínimas¹⁴⁸ sobre a definição das «(...) *infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns*».

As regras mínimas dizem respeito aos chamados “eurocrimes” (“domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça”) e que, nos termos do artigo 83.º/1 §2 TFUE são: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. Nos termos do artigo 83.º/2 TFUE, a União Europeia também possui competência para adotar, por meio de

¹⁴² Anabela MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 435-438

¹⁴³ *idem*

¹⁴⁴ http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index_en.htm

¹⁴⁵ Artigo 83.º/1 TFUE

¹⁴⁶ Artigo 83.º/2 TFUE

¹⁴⁷ Artigos 310.º/6, artigo 325.º, artigo 85.º e artigo 86.º TFUE

¹⁴⁸ Por serem denominadores mínimos relativos aos tipos de infração e às sanções aplicáveis, os Estados-Membros poderão sempre ir mais longe para além dos instrumentos adotados ao nível da União. Por outras palavras, os Estados membros têm, no mínimo, que sancionar penalmente as infrações que preencham os elementos definidos pela União Europeia e, conseqüentemente poderão ir mais longe até, sancionando infrações que no domínio em causa que tenham tipos mais “abertos” e, por isso, mais abrangentes.

diretivas, regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções, sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização.

Políticas da União Europeia que contenham regras sobre proteção do ambiente, conservação dos recursos da pesca, segurança rodoviária, regulamentação dos serviços financeiros, proteção dos dados, proteção dos interesses financeiros da UE, entre outros, dependem de uma aplicação efetiva¹⁴⁹. O direito penal, como o último recurso, pode desempenhar um papel importante quando outros métodos de controlo falharem. Neste contexto, em Setembro de 2011, a Comissão Europeia publicou uma comunicação¹⁵⁰ sobre o recurso ao direito penal para uma aplicação efetiva das políticas da EU, baseada nos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade.

Tanto as regras referidas nos números 1 e 2 do artigo 83.º TFUE devem ser adotadas com base no processo legislativo ordinário havendo, no entanto, duas exceções:

- Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adotar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade¹⁵¹ que preencham os mesmos critérios, mas que não estejam incluídos no

¹⁴⁹ Adicionalmente, com vista a melhor proteger e reforçar a integridade dos mercados financeiros da UE, a Comissão Europeia propôs regras a nível da UE para garantir sanções penais mínimas para casos de abuso de informação privilegiada e manipulações de mercado em 20 de setembro de 2011. Com estas propostas foi utilizado pela primeira vez o artigo 83.º/2 TFUE. Findo o processo de negociação entre os legisladores, a Diretiva 2014/57/UE foi adotada a 14 de abril de 2014. Esta diretiva veio complementar o Regulamento sobre abuso de mercado (Regulamento n.º 596/2014), melhorando deste modo o enquadramento legal existente e reforçando as sanções administrativas. A Diretiva prevê que os Estados-Membros tomem as medidas necessárias para assegurar que as infrações penais de abuso de informação privilegiada, divulgação ilícita de informações e manipulação de mercado estão sujeitas a sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas. Haverá definições comuns destas infrações. Os Estados-Membros devem prever uma sanção máxima de pelo menos quatro anos para manipulação de informação privilegiada / mercado e de pelo menos dois anos para a divulgação ilegal de informações privilegiadas na sua legislação nacional. Os Estados-Membros serão também obrigados a impor sanções penais por incitar e cumplicidade de abuso de mercado, bem como para as tentativas de cometer tais delitos. As pessoas coletivas serão responsabilizadas por abusos de mercado.

¹⁵⁰ COM(2011) 573 final de 20.9.2011

¹⁵¹ A natureza abstrata da expressão “outros domínios de criminalidade” poderá ser a razão por de trás desta exceção. Poderá também argumentar-se que, ainda que não seja idêntico às modalidades do procedimento de codecisão, o procedimento aqui referido reflete a ideia de que o Conselho e o Parlamento Europeu são igualmente responsáveis pela adoção de medidas legislativas.

artigo 83.º/1 §2 TFUE. O Conselho deve deliberar por unanimidade após aprovação do Parlamento Europeu.

- À semelhança do artigo anterior, o artigo 83.º também prevê uma cláusula-travão¹⁵² e a possibilidade de cooperação reforçada¹⁵³.

Por último, para proteger o dinheiro dos contribuintes num contexto de austeridade orçamental, a luta contra o mau uso do dinheiro público da UE é uma prioridade para a União. Esta prioridade reflete-se no Tratado de Lisboa¹⁵⁴, que estabelece uma obrigação, e fundamentos jurídicos correspondentes, a agir para a proteção dos interesses financeiros da UE, nomeadamente por via do direito penal¹⁵⁵.

Relativamente ao artigo 83.º TFUE, não é demais sublinhar que a aproximação de legislação é um instrumento autónomo e fundamental na criação do ELSJ (apesar de esta aproximação de legislações ser também mencionada no artigo 82.º TFUE, relativamente à aproximação do direito penal à cooperação judiciária e ao reconhecimento de sentenças). Várias iniciativas de harmonização, completamente independentes das necessidades da cooperação judicial, foram realizadas no âmbito do terceiro pilar e cujos resultados não devem ser perdidos. Na verdade, a aproximação de legislações tem objetivos que vão significativamente além da cooperação judicial.

O artigo 83.º TFUE enumera¹⁵⁶ assim as áreas em que a aproximação das legislações deve ser realizada, distinguindo entre os casos de «criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça»¹⁵⁷ e aqueles em que a aproximação seja «indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política

¹⁵² Artigo 83.º/3 §1 TFUE

¹⁵³ Artigo 83.º/3 §2 TFUE

¹⁵⁴ Artigos 310.º/6, artigo 325.º, artigo 85.º e artigo 86.º TFUE

¹⁵⁵ COM(2011) 293 final de 26.5.2011

¹⁵⁶ Alguma doutrina entende que este artigo é taxativo.

¹⁵⁷ Herdeiro do tipo de aproximação previsto nos artigos 29.º, §2 e 31.º/1, b) do antigo TFUE. O legislador oferece três critérios para definir criminalidade “com dimensão transfronteiriça”: 1) o primeiro refere-se à criminalidade com “dimensão” internacional, apesar de poder ser local em muitas das suas manifestações concretas (p.e., o tráfico de droga); 2) o segundo critério diz respeito à criminalidade que continuando a poder ser local, têm um carácter internacional devido aos efeitos que produz (p.e., crimes contra o ambiente ou contra a saúde pública, que não são elencados na lista de infrações a harmonizar); e 3) o carácter internacional da criminalidade pode advir da “especial necessidade” de combater de acordo com “bases comuns” (p.e., terrorismo, contrafação de meios de pagamento) (Anabela MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 435-438).

da União num domínio que tenha sido sujeita a medidas de harmonização»¹⁵⁸. Deste modo, graças a estas disposições, a legitimidade para impor obrigações de harmonização de legislação penal foi reconhecida e a competência penal da União Europeia foi introduzida. No entanto, as instituições europeias não têm um poder direito de penalização, uma vez que só podem adotar diretivas, que têm de ser posteriormente implementadas pelos legisladores nacionais. Contudo, a discricionariedade dos parlamentos europeus fica obviamente limitada na escolha dos interesses legais a proteger, nas técnicas a utilizar nessa proteção, na definição de tipos criminais e até na escolha de sanções a aplicar.

A preocupação em determinar o âmbito da aproximação e de limitação do alargamento desse âmbito, está de acordo com o princípio da subsidiariedade (que ganhou maior relevo no domínio penal com o Tratado de Lisboa). Deve também ser tido em conta o Protocolo (n.º 2) relativo à aplicação dos princípios de subsidiariedade e da proporcionalidade e, em particular, o seu artigo 5.º e a exigência de fundamentação da subsidiariedade¹⁵⁹. É o princípio da subsidiariedade, que orienta o legislador europeu *grosso modo* na definição do âmbito da criminalidade objeto de aproximação, demonstra a preocupação de orientar a política criminal europeia de acordo com o princípio da *ultima ratio*.

Perante isto, podemos considerar que o artigo 83.º TFUE fornece um contexto que pode ser aplicado a todas as medidas de harmonização de leis nacionais penais, tanto às que foram adotadas no âmbito do primeiro pilar, como as que foram ou serão adotadas no âmbito do antigo terceiro pilar (relativas principalmente ao crime transfronteiriço).

A proteção do ambiente será definitivamente uma das áreas onde pode haver harmonização de medidas com base no artigo 83.º/2 TFUE. Se, por um lado, a proteção do ambiente é um interesse legal para a União, como foi sublinhado pelo

¹⁵⁸ Como limite à aproximação por esta via, é apontado o critério da “indispensabilidade” do “meio penal” para assegurar a execução de uma política da União. Esta é uma manifestação especial do princípio da subsidiariedade, já que exige condições mais “estritas” para a sua verificação em concreto. Com base neste pressuposto, a “especial necessidade” exprimiria a subsidiariedade, enquanto a “indispensabilidade” exprimiria uma interpretação mais restrita da subsidiariedade (Anabela MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 435-438).

¹⁵⁹ Anabela MIRANDA RODRIGUES, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp. 435-438

Advogado-Geral Ruiz Jarabo-Colomber no acórdão C-176/03¹⁶⁰, por outro já houve várias iniciativas de harmonização de legislação em matéria ambiental. Assim, será inegável que o artigo 83.º TFUE pode ter um impacto importante na proteção do ambiente. Adicionalmente, o artigo 83.º/1 TFUE pode permitir que sejam introduzidas disposições penais específicas relativas aos crimes ambientais cometidos por organizações criminosas (ou em que uma organização criminosa está envolvida).

Relativamente à cooperação, o artigo 84.º TFUE é uma disposição completamente inovadora, uma vez que até à data não havia norma semelhante em matéria da prevenção da criminalidade¹⁶¹. Assim, de acordo com a mesma, nos termos do processo legislativo ordinário, podem ser aprovados Regulamentos e Diretivas que estabeleçam medidas “para incentivar e apoiar a ação dos Estados-Membros no domínio da prevenção da criminalidade”. No entanto, fica excluído qualquer tipo de harmonização das disposições nacionais. O objetivo será apoiar as políticas nacionais nesta matéria e não estabelecer uma política europeia de prevenção da criminalidade.

Por último, existem ainda disposições relativas à atuação das agências europeias no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, nomeadamente a EUROJUST e a Procuradoria Europeia, nos artigos 85.º e 86.º TFUE respetivamente.

O artigo 85.º do TFUE vem determinar a missão e o papel da EUROJUST. A EUROJUST é um organismo da UE, criado pela Decisão 2002/187/JAI do Conselho de 28 de Fevereiro de 2002¹⁶², para melhorar a cooperação judiciária na luta contra a criminalidade grave¹⁶³.

Nos termos do n.º 1 do referido artigo, a EUROJUST tem como missão «(...)apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da ação penal em matéria de criminalidade grave que afete dois ou mais Estados-Membros ou que exija o

¹⁶⁰ E que abordaremos mais adiante.

¹⁶¹ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

¹⁶² Emendada pela Decisão 2003/659/JAI do Conselho e pela Decisão 2009/426/JAI do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa ao reforço da EUROJUST e que altera a Decisão 2002/187/JAI relativa à criação da EUROJUST a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade

¹⁶³ Vide nota-de-rodapé 49

exercício de uma ação penal assente em bases comuns, com base nas operações conduzidas e nas informações transmitidas pelas autoridades dos Estados-Membros e pela EUROPOL».

O §2 do artigo 85.º/1 estipula que o Parlamento Europeu e o Conselho, por via de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, determinam a estrutura, o funcionamento, o domínio de ação e as funções da EUROJUST. Mais concretamente, as funções da EUROJUST incluem:

- abertura de investigações criminais e a proposta de instauração de ações penais conduzidas pelas autoridades nacionais competentes, em especial as relativas a infrações lesivas dos interesses financeiros da União;
- coordenação das investigações e ações penais referidas acima;
- reforço da cooperação judiciária, inclusive mediante a resolução de conflitos de jurisdição e uma estreita cooperação com a Rede Judiciária Europeia.

A EUROJUST é composta por um membro nacional destacado por cada Estado-Membro, segundo o seu sistema jurídico, que deve ser procurador, juiz ou oficial de polícia com prerrogativas equivalentes¹⁶⁴ ¹⁶⁵. As funções da EUROJUST são exercidas através dos membros nacionais ou do colégio¹⁶⁶.

Relativamente à investigação e ao “exercício da ação penal em matéria de criminalidade grave”, a EUROJUST tem como tarefas¹⁶⁷:

- Promover a coordenação entre as autoridades nacionais competentes, por exemplo, através de reuniões para debaterem e estabelecer uma estratégia comum e coordenada para várias ações das autoridades nacionais¹⁶⁸;

¹⁶⁴ Artigo 2.º/1 Decisão 2009/426/JAI do Conselho

¹⁶⁵ Cada membro nacional é assistido por um adjunto e por outra pessoa na qualidade de assistente. A duração do mandato dos membros nacionais é, no mínimo, de quatro anos.

¹⁶⁶ Artigo 10.º Decisão 2009/426/JAI do Conselho

¹⁶⁷ A execução destas tarefas produz investigações e ações penais mais eficientes no combate ao crime transfronteiriço. Para desempenhar as suas funções, a EUROJUST pode pedir aos Estados-Membros para: realizarem uma investigação ou ação penal; criarem uma equipa de investigação conjunta; ou tomarem medidas de investigação.

¹⁶⁸ P.e, planeando detenções simultâneas, buscas e apreensões de propriedade.

- Facilitar a execução de pedidos e as decisões relativas à cooperação judiciária.

Neste contexto, foi também criada uma coordenação permanente (CP)¹⁶⁹, com capacidade para receber e tratar em qualquer altura os pedidos que lhe são apresentados. A CP deve ser contactável, através de um ponto de contacto CP único localizado na EUROJUST, 24 horas por dia/7 dias por semana.

Mais, a EUROJUST mantém relações privilegiadas (através de acordos de cooperação) com outros organismos europeus, nomeadamente: a Rede Judiciária Europeia (EJN), o Serviço Europeu de Polícia (EUROPOL), o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) e a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (FRONTEX).

É também de notar que, em 2013, a Comissão apresentou uma proposta de reforma da EUROJUST, juntamente com uma proposta de criação da Procuradoria Europeia¹⁷⁰. De acordo com esta proposta, a Procuradoria Europeia, assim que estivesse estabelecida, seria apoiada pela EUROJUST no combate à fraude na União Europeia. Adicionalmente, a existência de uma Procuradoria Europeia iria aumentar também a legitimidade democrática da EUROJUST – no futuro, tanto o Parlamento Europeu como os parlamentos nacionais estarão mais envolvidos na avaliação das atividades da EUROJUST. A proposta também aborda a administração interna da EUROJUST, principalmente o seu funcionamento e estrutura¹⁷¹.

Finalmente, o TFUE reserva mais um artigo à cooperação judiciária em matéria penal, o artigo 86.º. Nos termos deste do n.º 1 deste artigo, com o fim de combater as infrações lesivas dos interesses da União, o Conselho pode instituir uma Procuradoria Europeia a partir da EUROJUST. Para fazê-lo, o Conselho deve

¹⁶⁹ Artigo 5.º - A/1 Decisão 2009/426/JAI do Conselho. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, a CP é constituída por um representante de cada Estado-Membro (representante CP), que pode ser o membro nacional, o seu adjunto ou um assistente autorizado a substituir o membro nacional. O representante CP deve poder agir 24 horas por dia/7 dias por semana.

¹⁷⁰ COM(2013) 532 final, de 17.7.2013

¹⁷¹ A proposta vai de encontro com a abordagem comum sobre a descentralização das agências europeias, aprovada pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em Julho de 2012. Esta abordagem toca numa série de questões fundamentais, como o papel e a posição das agências no panorama institucional da UE, a sua criação, estrutura e funcionamento, financiamento, orçamento, supervisão e gestão.

deliberar por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu, de acordo com o processo legislativo especial¹⁷². O Tratado refere ainda a existência de uma cláusula-travão¹⁷³ e a possibilidade de cooperação reforçada¹⁷⁴.

De modo a permitir que o Conselho Europeu adote uma decisão que altere o artigo 86.º/1 e 2, e sejam alargados os poderes da Procuradoria Europeia, passando a incluir também outros domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça, foi previsto um processo legislativo especial¹⁷⁵, de acordo com a qual, «(...)o Conselho Europeu pode, em simultâneo ou posteriormente, adotar uma decisão que altere o n.º 1, de modo a tornar as atribuições da Procuradoria Europeia extensivas ao combate à criminalidade grave com dimensão transfronteiriça, e que altere em conformidade o n.º 2 no que diz respeito aos autores e cúmplices de crimes graves que afetem vários Estados-Membros. O Conselho Europeu delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu e após consulta à Comissão».

Vale a pena dedicar algumas palavras à Procuradoria Europeia¹⁷⁶. Na sua proposta de Regulamento¹⁷⁷, a Comissão define a Procuradoria Europeia como sendo um órgão da União com uma estrutura descentralizada, que possui

¹⁷² A natureza complexa e a sensibilidade política deste tema serão certamente a justificação por detrás desta exceção.

¹⁷³ De acordo com o artigo 86.º/1 §2, caso não haja unanimidade, um grupo de pelo menos nove Estados-Membros pode solicitar que o projeto de regulamento seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo no Conselho. Após debate, e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projeto ao Conselho, para adoção.

¹⁷⁴ Nos termos do artigo 86.º/1 §3, em caso de desacordo, se no prazo de quatro meses se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projeto de regulamento em questão, esses Estados-Membros notificam o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em conformidade. Nesse caso, considera-se que foi concedida a autorização para proceder à cooperação reforçada referida no n.º 2 do artigo 20.º TUE e no n.º 1 do artigo 329.º TFUE e aplicam-se as disposições relativas à cooperação reforçada.

¹⁷⁵ Artigo 86 (4) TFUE

¹⁷⁶ Vide também o que já dissemos a propósito do *Corpus Juris* e do Livro Verde da Comissão sobre a proteção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu, no ponto II da primeira parte deste trabalho.

¹⁷⁷ COM(2013) 534 final, de 17.7.2013

Esta proposta de Regulamento, é o resultado de um vasto e longo processo de consulta. Vários marcos levaram à elaboração desta proposta, nomeadamente:

- o *Corpus Juris* (um conjunto de normas relativas a um futuro Procurador Europeu, elaborado e apresentado por um grupo de peritos em 2000);
- o Livro Verde sobre a proteção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu, apresentado pela Comissão em 2001;
- o Tratado que estabelece uma Constituição Europeia, não ratificado, de 2004;
- o Tratado de Lisboa, com o seu artigo 86, de 2009;
- a Comunicação da Comissão sobre a proteção dos interesses financeiros da União Europeia pelo direito penal e os inquéritos administrativos.

personalidade jurídica e coopera com a EUROJUST e conta com o seu apoio administrativo.

A Procuradoria Europeia terá como missão o combate a infrações penais que sejam lesivas dos interesses financeiros da União, cabendo-lhe investigar, agir penalmente e levar a julgamento os autores das mesmas e seus cúmplices. Neste âmbito, a Procuradoria Europeia dirige e supervisiona os inquéritos e pratica os atos próprios da ação penal, incluindo o arquivamento do processo.

A Procuradoria Europeia será composta pelo Procurador Europeu¹⁷⁸ e vice-procuradores, pessoal que lhes presta apoio no desempenho das suas funções nos termos do presente regulamento, bem como os procuradores localizados nos Estados-Membros.

No exercício das suas atividades, a Procuradoria Europeia assegura o respeito dos direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Os inquéritos e ações penais da Procuradoria Europeia deverão ser regidos pelo regulamento. O direito nacional aplica-se na medida em que a matéria em não seja regulada pelo regulamento. O direito nacional aplicável é a lei do Estado-Membro em que o inquérito ou a ação penal tem lugar. Sempre que uma matéria se reja pelo direito nacional e pelo regulamento, prevalece este último.

A Procuradoria Europeia tem competência exclusiva em matéria de infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União¹⁷⁹. Adicionalmente, tem também uma competência assessoria – nos termos do artigo 13.º da Proposta da Regulamento, em caso de infrações penais indissociavelmente relacionadas com infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União e a sua investigação e ação penal conjuntas forem do interesse da boa administração da justiça, a Procuradoria Europeia é igualmente competente relativamente a essas infrações penais, contanto que as infrações referidas no artigo 12.º sejam preponderantes e as outras infrações penais se baseiem em factos idênticos. De acordo com o artigo 14.º do referido diploma, a Procuradoria Europeia exerce a sua competência exclusiva de investigação e ação penal relativamente a quaisquer infrações penais

¹⁷⁸ Nomeado pelo Conselho, com aprovação do Parlamento Europeu, por um período de oito anos, não renovável. O Conselho delibera por maioria simples.

¹⁷⁹ Artigo 12º COM(2013) 534 final, de 17.7.2013

referidas nos artigos 12.º e 13.º, se essas infrações tiverem sido cometidas, total ou parcialmente, em alternativa:

- a. no território de um ou mais Estados-Membros;
- b. por um dos seus cidadãos ou por membros do pessoal da União ou membros das instituições.

A aprovação do Regulamento de criação da Procuradoria Europeia constituiria ou constituirá a primeira definição de direito processual autónomo da União Europeia, o que pode colocar vários problemas. Por um lado, há a questão da coordenação e compatibilização da sua atividade com a EUROJUST e a EUROPOL, principalmente se a Procuradoria Europeia for estabelecida por meio de cooperação reforçada¹⁸⁰. Por outro, a criação de uma Procuradoria de dimensão europeia tem implicações ao nível do direito processual penal (e direito penal material), assim como relativamente à conjugação e coordenação dos vários ordenamentos jurídicos e a própria Constituição dos Estados-Membros. Ademais, a criação da Procuradoria Europeia pode ter como consequência o agravamento do desequilíbrio entre a acuação e defesa, uma vez que não existe uma instituição semelhante no lado da defesa¹⁸¹.

De momento, a proposta da Comissão de criação de uma Procuradoria Europeia encontra-se ainda a ser discutida no Conselho. A sua aprovação terá um enorme impacto na harmonização do direito penal da União Europeia. No entanto, é muito improvável que, a ser aprovada, sejam atribuídas à Procuradoria Europeia mais competências do que as originalmente previstas. Tal implicaria que os Estados-Membros tivesse de abdicar de ainda mais soberania para a União e criar uma agência com maiores poderes ainda maiores, seriam bastante mais controverso e mais difícil de alcançar.

¹⁸⁰ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro "pós-lisboa" – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

¹⁸¹ *idem*

B. Cooperação Policial

Apesar de ter sido feito algum progresso, primeiro com os Tratados de Maastricht, Amesterdão e Nice, e agora com o Tratado de Lisboa, a cooperação policial transfronteiriça continua a ser um tema sensível, uma vez que o que está em causa, tal como na cooperação judiciária em matéria penal, é a soberania dos Estados-Membros. Este assunto é ainda mais complexo porque requer que qualquer tipo de cooperação seja organizado a diferentes níveis políticos e geográficos, incluindo diversas competências policiais.

Neste contexto, o Tratado prevê disposições relativas à produção normativa e cooperação e à atuação das agências europeias relevantes, nomeadamente a EUROPOL.

O artigo 87.º/1 TFUE prevê a criação de uma cooperação policial que associe todas as autoridades competentes dos Estados-Membros, incluindo os serviços de polícia, das alfândegas e outros serviços responsáveis pela aplicação da lei especializados nos domínios da prevenção ou deteção de infrações penais e das investigações nessa matéria.

Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, é aplicável o processo legislativo ordinário, de acordo com o qual, o Parlamento Europeu e o Conselho podem estabelecer medidas sobre:

- a. Recolha, armazenamento, tratamento, análise e intercâmbio de informações pertinentes;
- b. Apoio à formação de pessoal, bem como em matéria de cooperação relativa ao intercâmbio de pessoal, ao equipamento e à investigação em criminalística;
- c. Técnicas comuns de investigação relativas à deteção de formas graves de criminalidade organizada.

Contudo, as competências da União Europeia relativamente ao domínio de cooperação policial não são gerais.

Assim, o artigo 87.º/3 TFUE prevê que o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo especial – i.e., por unanimidade e após consulta ao Parlamento Europeu –, possa estabelecer medidas em matéria de cooperação

operacional entre as autoridades competentes. Mais uma vez, está prevista uma cláusula-travão¹⁸² e a possibilidade de cooperação reforçada¹⁸³, que não se aplicam, no entanto, a atos que constituam um desenvolvimento do acervo de Schengen.

Por sua vez, o artigo 88.º TFUE vem delimitar a missão e o papel da EUROPOL (ou Serviço Europeu de Polícia)¹⁸⁴ à luz do Tratado de Lisboa. De acordo com o artigo mencionado, «(...)a EUROPOL tem por missão apoiar e reforçar a ação das autoridades policiais e dos outros serviços responsáveis pela aplicação da lei dos Estados-Membros, bem como a cooperação entre essas autoridades na prevenção das formas graves de criminalidade que afetem dois ou mais Estados-Membros, do terrorismo e das formas de criminalidade lesivas de um interesse comum que seja objeto de uma política da União, bem como no combate contra esses fenómenos».

Cabe ao Parlamento Europeu e ao Conselho, por via de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, determinarem a estrutura, funcionamento, domínio de ação e funções da EUROPOL, que podem incluir:

- a. A recolha, armazenamento, tratamento, análise e intercâmbio das informações transmitidas, nomeadamente, pelas autoridades dos Estados-Membros ou de instâncias ou países terceiros;
- b. A coordenação, organização e realização de investigações e de ações operacionais, conduzidas em conjunto com as autoridades competentes dos Estados-Membros ou no âmbito de equipas de investigação conjuntas, eventualmente em articulação com a EUROJUST.

¹⁸² De acordo com o artigo 87.º/3 §2 TFUE, se não houver unanimidade, um grupo de pelo menos nove Estados-Membros pode solicitar que o projeto de medidas seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo no Conselho. Após debate, e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projeto ao Conselho, para adoção.

¹⁸³ Nos termos do §4 do n.º 3 do artigo 87 TFUE, em caso de desacordo, se nesses quatro meses e se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projeto de medidas em questão, esses Estados-Membros notificam o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em conformidade. Nesse caso, considera-se que foi concedida a autorização para proceder à cooperação reforçada referida no n.º 2 do artigo 20 TUE e no n.º 1 do artigo 329. TFUE, e aplicam-se as disposições relativas à cooperação reforçada.

¹⁸⁴ A EUROPOL teve nas suas origens o Grupo TREVI, um fórum dedicado à cooperação para a segurança interna entre ministros do interior e da justiça da CEE. No entanto, a criação da EUROPOL só teve lugar aquando a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, em 1992.

Adicionalmente, estes regulamentos devem também definir as modalidades de controlo das atividades da EUROPOL pelo Parlamento Europeu, ao qual estão associados os Parlamentos nacionais¹⁸⁵.

Por último, o n.º 3 do artigo 88.º TFUE refere que as operações da EUROPOL devem ser conduzidas em articulação e com concordância das autoridades do(s) Estados-Membros(s) cujo território seja afetado. Mais, a aplicação de medidas coercivas é da competência exclusiva das autoridades nacionais.

O Capítulo 5 do Título V termina com o artigo 89.º TFUE, de acordo com o qual o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo especial¹⁸⁶ – por unanimidade, após consulta ao Parlamento Europeu –, poderá definir as condições e os limites dentro dos quais as autoridades nacionais competentes a que se referem os artigos 82.º e 87.º TFUE, podem intervir no território do outro Estado-Membro¹⁸⁷, em articulação e de acordo com as autoridades desse Estado.

¹⁸⁵ Artigo 88 (2) §2 TFUE

¹⁸⁶ Devido à sua natureza e sensibilidade política desta matéria.

¹⁸⁷ Na terminologia francesa, esta opção, que tem origem no contexto do Acordo Schengen, é referida com '*droit de poursuivre*'.

V. O PROGRAMA DE ESTOCOLMO E O PANORAMA ATÉ 2020

Com a implementação dos Programas de Tampere e Haia foram alcançados progressos significativos no domínio do ELSJ. Adicionalmente, os controlos nas fronteiras internas foram suprimidos com o espaço Schengen, as fronteiras externas da União passaram a ser geridas de uma forma mais coerente e as agências europeias (nomeadamente, EUROPOL, EUROJUST, a Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁸⁸ e a FRONTEX¹⁸⁹), atingiram a maturidade operacional nos respetivos campos de atividade.

No entanto, a União Europeia era na altura (e ainda é), confrontada com desafios que devem ser enfrentados de uma forma concertada, sendo para isso, necessários novos esforços para melhorar a coerência entre diferentes políticas sectoriais.

Assim, no dia 1 de dezembro de 2009, o Conselho chegou a acordo sobre um quadro político plurianual para os próximos cinco anos, até 2014. O Programa de Estocolmo¹⁹⁰ veio definir as orientações estratégicas da programação legislativa e operacional no ELSJ, nos termos do artigo 68.º TFUE. O Programa distingue seis prioridades estratégicas:

1. Promover os direitos dos cidadãos – uma Europa de Direitos¹⁹¹;
2. Facilitar a vida dos cidadãos – uma Europa do Direito e Justiça¹⁹²;

¹⁸⁸ A Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia, foi criada pelo Regulamento (CE) N.º 168/2007 do Conselho de 15 de Fevereiro de 2007 que cria a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e tem como objetivo «(...) proporcionar às instituições, órgãos, organismos e agências da Comunidade, bem como aos seus Estados-Membros, quando aplicarem o direito comunitário, assistência e competências no domínio dos direitos fundamentais, a fim de os ajudar a respeitar plenamente estes direitos quando tomarem medidas ou definirem ações no âmbito das respetivas esferas de competência».

¹⁸⁹ O FRONTEX, foi criada pelo Regulamento (CE) N.º 2007/2004 do Conselho de 26 de Outubro de 2004 que cria uma Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia e tem como objetivo uma gestão integrada das fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia.

¹⁹⁰ Vide nota-de-rodapé 61

¹⁹¹ Uma Europa de direitos, onde os cidadãos europeus podem exercer os seus direitos fundamentais como estabelecidos na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tanto dentro como fora da União Europeia. Esta prioridade dá especial destaque às pessoas vulneráveis (crianças, vítimas de violência, etc.), ao racismo e a xenofobia e aos direitos dos suspeitos ou arguidos em processo penal.

¹⁹² A União deverá continuar a reforçar a confiança mútua nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, estabelecendo direitos mínimos como condição necessária para o desenvolvimento do princípio do reconhecimento mútuo e estabelecendo regras mínimas relativas à definição de infrações penais e sanções tal como definido no Tratado. O espaço judiciário europeu deve também

3. Uma Europa que protege¹⁹³;
4. Acesso à Europa num mundo globalizado¹⁹⁴;
5. Uma Europa responsável, solidária e aberta a parcerias em matéria de migração e asilo¹⁹⁵;
6. A Europa num mundo globalizado – a dimensão externa do ELSJ¹⁹⁶.

O Programa de Estocolmo assinala o princípio da confiança mútua entre autoridades e serviços dos diferentes Estados-Membros e entre os seus responsáveis políticos como um dos instrumentos fundamentais para o sucesso do programa, criando assim, uma base de cooperação no domínio do ELSJ.

Adicionalmente, a Comissão apresentou um Plano de Ação¹⁹⁷ que teve por finalidade concretizar as prioridades do Programa de Estocolmo em ações concretas, com um calendário preciso para a sua adoção e implementação, de modo a que os cidadãos beneficiassem dos progressos alcançados no ELSJ.

Juntamente com o Programa de Estocolmo¹⁹⁸, o Conselho adotou o Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais¹⁹⁹. O Roteiro começa por fazer referência à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que constitui a base comum para a proteção dos suspeitos e acusados em processos penais (incluindo a fase anterior ao julgamento e a fase do julgamento), assim como uma base importante para o reforço do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros.

No entanto, tal como é dito no documento, a supressão das fronteiras internas e o exercício cada vez mais alargado dos direitos de livre circulação e residência levou inevitavelmente a um número cada vez maior de pessoas envolvidas em

permitir aos cidadãos fazer valer os seus direitos em toda a União, aumentando de forma significativa o conhecimento dos direitos e facilitando o acesso à justiça.

¹⁹³ O reforço das ações a nível europeu, combinado com uma melhor coordenação com ações a nível regional e nacional, é essencial para a proteção contra ameaças transnacionais. O terrorismo e o crime organizado, o tráfico de droga, a corrupção, o tráfico de seres humanos, o contrabando de pessoas e o tráfico de armas, entre outros, continuam a ameaçar a segurança interna da União. A propagação da criminalidade transfronteiras tornou-se um desafio urgente que exige uma resposta clara e global. A ação desenvolvida pela União reforçará os trabalhos levados a cabo pelas autoridades competentes dos Estados-Membros e melhorará os resultados obtidos

¹⁹⁴ As prioridades estratégicas 4 e 5 incidem maioritariamente sobre o asilo e a imigração.

¹⁹⁵ Vide nota-de-rodapé anterior

¹⁹⁶ Esta prioridade é focada na dimensão externa da política da União Europeia no ELSJ.

¹⁹⁷ COM(2010) 171 final de 20.4.2010

¹⁹⁸ Ponto 2.4 do Programa de Estocolmo

¹⁹⁹ Resolução do Conselho 2009/C 925/01 de 30 de novembro de 2009

processos penais num Estado-Membro diferente do seu Estado de residência. Como tal, é necessário que os direitos processuais dos suspeitos e acusados sejam respeitados, de modo a garantir um julgamento equitativo.

Assim, apesar de até à data terem sido tomadas diversas medidas ao nível da União Europeia, no Roteiro é reafirmado a necessidade de garantir a segurança dos cidadãos, neste caso, através de medidas específicas em matéria de direitos processuais que assegurem a equidade do processo penal. Deste modo, nos termos do ponto n.º 1 do Roteiro, deverá «(...)ser desenvolvida uma ação ao nível da União Europeia para reforçar os direitos dos suspeitos ou acusados em processos penais. Esta ação pode incluir medidas legislativas ou outro tipo de medidas».

No Anexo ao Roteiro (também homologado pelo Conselho), é elencado um catálogo não exaustivo de direitos processuais fundamentais, suscetíveis de virem a ser complementados com outros direitos. No anexo são ainda apresentadas breves explicações, meras indicações das ações propostas. Assim, as medidas prepostas pelo Roteiro são:

- A. Tradução e interpretação²⁰⁰;
- B. Informação sobre os direitos e sobre a acusação²⁰¹;
- C. Patrocínio e apoio judiciário²⁰²;
- D. Comunicação com familiares, empregadores e autoridades consulares²⁰³;

²⁰⁰ Nos termos da breve explicação sobre o direito a tradução e interpretação, é indispensável que o suspeito/acusado possa compreender o que se passa e se possa fazer entender. Um suspeito/acusado não fale ou compreende a língua do processo precisará de um intérprete e da tradução das peças processuais mais importantes. Mais, deve ser dada especial atenção às necessidades dos suspeitos/acusados com deficiências auditivas.

²⁰¹ Como é dito na breve explicação, o suspeito/acusado deve ser informado dos seus direitos fundamentais, oralmente ou por escrito, nomeadamente mediante uma declaração de direitos. Ademais, deverão ser-lhe prestadas sem demora informações sobre a natureza e motivos das acusações sobre a natureza e os motivos das acusações que sobre ele recaem. O suspeito/acusado terá direito a receber as informações necessárias para a preparação da sua defesa, desde que tal não prejudique o bom desenrolar do processo penal.

²⁰² O direito ao patrocínio judiciário (através da assistência de um advogado) é fundamental para garantir a equidade do processo. Adicionalmente, o direito ao apoio judiciário deverá garantir um acesso efetivo ao patrocínio judiciário.

²⁰³ De acordo com a breve explicação, o suspeito/acusado privado de liberdade deverá ser prontamente informado do seu direito a que pelo menos uma pessoa (familiar ou empregador), seja informada da sua provação de liberdade, no pressuposto de que tal não deverá prejudicar o bom desenrolar do processo penal. O suspeito/acusado também deverá ser informado do seu direito a que as autoridades consulares sejam informadas da sua privação de liberdade.

- E. Garantias especiais para suspeitos ou acusados vulneráveis²⁰⁴;
- F. Livro Verde sobre detenção antes da fase de julgamento²⁰⁵.

Os principais sucessos²⁰⁶ do Programa de Estocolmo no âmbito do direito penal são, entre outros:

- Ao nível do reforço da confiança mútua entre os Estados-Membros:
 - A publicação, em 2011, pela Comissão (a medida F do roteiro) do documento “Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu – Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção”²⁰⁷;
 - A adoção da Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal²⁰⁸.
- Ao nível do direito processual penal:
 - A adoção da Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de outubro de 2010, relativa ao direito à

²⁰⁴ Com vista a garantir a equidade do processo, deve ser dada especial atenção aos suspeitos ou acusados incapazes de compreender ou de acompanhar o conteúdo ou significado do processo devido (p.e., devido à sua idade ou estado mental ou físico).

²⁰⁵ Tendo em conta que o tempo de detenção antes e durante o julgamento varia de um Estado-Membro para outro e que os períodos de detenção anterior ao julgamento excessivamente prolongados são prejudiciais para a pessoa em causa, podendo ainda prejudicar a cooperação judiciária entre Estados-Membros e contrariando os valores Europeus, as medidas adequadas neste contexto deverão ser analisadas num Livro Verde. Este Livro Verde foi apresentado pela Comissão em Junho de 2011.

²⁰⁶ Uma das maiores “vitórias” do Programa de Estocolmo foi a adoção do pacote de regulamentos de segunda-geração relativos ao asilo.

²⁰⁷ COM(2011) 327 final de 14.06.2011. O Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção enfatiza a interação entre as condições nacionais de detenção e a correta aplicação dos instrumentos de reconhecimento mútuo, como o mandado de detenção europeu, nomeadamente quanto à questão da prisão provisória, que surge, muitas vezes, em conexão com este último. A ideia de que os sistemas judiciais nacionais devem fornecer garantias equivalentes a este respeito, que já várias vezes foi reiterada pelo Tribunal de Justiça, baseia-se no pressuposto de que os Estados-Membros devem aderir aos padrões comuns de detenção.

²⁰⁸ A Decisão Europeia de Investigação (DEI) é a resposta à indicação no Programa de Estocolmo do Conselho Europeu de que os instrumentos existentes neste domínio constituíam um regime fragmentário e que era necessária uma nova abordagem baseada no princípio do reconhecimento mútuo e que tivesse em conta a flexibilidade de um sistema tradicional de auxílio judiciário mútuo. A DEI, que vem substituir todos os instrumentos existentes neste domínio, incluindo a Decisão-Quadro 2008/978/JAI, deve ser emitida para que uma ou várias medidas específicas de investigação sejam realizadas no Estado que executa a DEI (“Estado de execução”), tendo em vista a recolha de elementos de prova. A execução deve ainda incluir a obtenção de elementos de prova que já estejam na posse da autoridade de execução. Adicionalmente, a DEI deverá ter um âmbito horizontal, devendo ser aplicável a todas as medidas de investigação que visam recolher elementos de prova. A Diretiva deve ser transposta pelos Estados-Membros até 22 de maio de 2017, nos termos do artigo 36.º do diploma.

interpretação e tradução em processo penal²⁰⁹ (medida A), resultado da iniciativa conjunta da Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Hungria, Itália, Luxemburgo, Portugal, Roménia e Suécia;

- A adoção da Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal²¹⁰, uma iniciativa da Comissão (em resposta à Medida B do Roteiro);
- A adoção da Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares²¹¹ (medidas C e D).

– Ao nível do direito penal material²¹²:

²⁰⁹ No seu considerando n.º 9, o diploma reconhece claramente a realidade da cooperação judicial em matéria de direito penal, notando que as “regras mínimas comuns deverão contribuir para o esforço da confiança nos sistemas de justiça penal de todos os Estados-Membros, o que, por seu turno, deverá conduzir ao aumento da eficiência da cooperação judicial num clima de confiança mútua. Tais regras mínimas comuns deverão ser estabelecidas nos domínios da interpretação e da tradução em processo penal”. Adicionalmente, o artigo 8º da Diretiva reafirma o princípio da não regressão, de acordo com o qual, nenhuma disposição da diretiva “pode ser interpretada como limitando ou derogando os direitos e garantias processuais consagrados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, noutras disposições aplicáveis do direito internacional ou no direito dos Estados-Membros que proporcione um nível de proteção mais elevado”. A transposição da Diretiva deve ter sido feita até 27 de outubro de 2013 (artigo 9.º).

²¹⁰ A Diretiva consagra explicitamente o princípio de acordo com o qual os suspeitos e acusados têm o direito de serem informadas dos seus direitos em processo penal, independentemente do seu estatuto jurídico, cidadania ou nacionalidade. Este princípio já tinha sido consagrado por jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

²¹¹ Nos termos do artigo 1.º do diploma, a diretiva estabelece “regras mínimas relativas aos direitos dos suspeitos ou acusados em processo penal e das pessoas sujeitas a procedimentos regidos pela Decisão-Quadro 2002/584/JAI («processos de execução do mandado de detenção europeu») de terem acesso a um advogado e de informarem um terceiro da sua privação de liberdade, bem como de comunicarem, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares. Esta diretiva é o culminar de debates sobre a matéria que duraram 10 anos. A transposição deve ser feita pelos Estados-Membros até 27 de novembro deste ano (artigo 17.º).

²¹² Na realidade, os esforços de aproximação do direito penal dos Estados-Membros não foram levados a cargo com o mesmo entusiasmo que marcou a primeira metade da década.

- É de notar a comunicação da Comissão, de 20 de setembro de 2011, intitulada “*Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*”²¹³;
- A adoção da Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho²¹⁴;
- A adoção da Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 13 de Dezembro de 2011 relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho²¹⁵;
- A adoção da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012 que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho²¹⁶;
- A proposta de Diretiva relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal²¹⁷;
- A adoção da Diretiva 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de agosto de 2013 relativa a ataques contra os sistemas de informação e que substitui a Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho²¹⁸;

²¹³ Vide notas-de-rodapé 149 e 150

²¹⁴ Nos termos do artigo 1.º do diploma, a diretiva estabelece regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio do tráfico de seres humanos. Adicionalmente, introduz também disposições comuns, tendo em conta uma perspetiva de género, para reforçar a prevenção destes crimes e a proteção das suas vítimas.

²¹⁵ De acordo com o seu artigo 1.º, a diretiva estabelece regras mínimas relativas à definição dos crimes e sanções no domínio do abuso sexual e da exploração sexual de crianças, da pornografia infantil e do aliciamento de crianças para fins sexuais, assim como disposições para reforçar a prevenção desse tipo de crimes e a proteção das suas vítimas.

²¹⁶ A diretiva tem como objetivo garantir que as vítimas da criminalidade beneficiem de informação, apoio e proteção adequados e possam participar no processo penal.

²¹⁷ A proposta da Comissão (Diretiva PIF) foi aprovada com alterações do Parlamento Europeu (16/04/2014), ao que se seguiu o compromisso parcial com essas alterações (09/07/2014). O diploma, (COM(2012) 363 final) está neste momento a ser discutido no Conselho.

²¹⁸ Nos termos do artigo 1.º, a diretiva estabelece regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio dos ataques contra os sistemas de informação. Tem igualmente

- A adoção da Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014 sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia²¹⁹;
- A adoção da Diretiva 2014/62/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 relativa à proteção penal do euro e de outras moedas contra a contrafação e que substitui a Decisão-Quadro 2000/383/JAI do Conselho²²⁰.

No entanto, apesar de ter sido um avanço bastante significativo para o ELSJ, o Programa de Estocolmo ficou aquém do que se pretendia. A opção tomada aquando a sua aprovação de delimitar prioridades políticas extremamente amplas, que não se limitam ao Título V do TFUE, mas ao invés tocam em todos as atividades da União, deu origem a mais problemas do que aqueles que conseguiu resolver²²¹. Um dos problemas²²² do Programa de Estocolmo foi precisamente a inclusão de assuntos que apesar de terem uma natureza fundamental, não são específicos do ELSJ, o que resulta na falta de coerência do programa²²³. Adicionalmente, a vontade de incluir matérias mais amplas, implica que questões essenciais do ELSJ não foram devidamente assinaladas e em vez de se adotar um roteiro claro e transparente, optou-se pela “proliferação de prioridades” superficialmente baseadas no conceito de cidadania europeia, o que acabou por não dar o enquadramento necessário ao trabalho que devia ser feito^{224 225}.

por objetivo facilitar a prevenção da prática desse tipo de infrações e melhorar a cooperação entre as autoridades judiciais e outras autoridades competentes.

²¹⁹ A diretiva estabelece regras mínimas para o congelamento de bens tendo em vista a eventual perda subsequente e para a perda de produtos do crime, mas não prejudica os procedimentos que os Estados-Membros possam utilizar para decidir a perda dos bens em questão (artigo 1.º).

²²⁰ A diretiva vem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio da contrafação do euro e de outras moedas, introduzindo igualmente disposições comuns para reforçar o combate a essas infrações, para melhorar a investigação dessas infrações e para assegurar uma melhor cooperação no combate à contrafação (artigo 1.º).

²²¹ “Towards the negotiation and adoption of the Stockholm Programme successor for the period 2015-2019”, estudo do Departamento C: Direitos dos Cidadãos e Assuntos Constitucionais da Direção-Geral de Assuntos Internos do Parlamento Europeu (2013)

²²² *idem*

²²³ Neste sentido, não há dúvida que o apoio às vítimas ou pessoas vulneráveis ou a luta contra o racismo e xenofobia devam fazer parte do programa (e de acordo com o artigo 67 TFUE). No entanto, o mesmo já não pode ser dito de medidas de anti-discriminação, proteção de dados, transparência dos documentos ou a promoção de igualdade de oportunidades, cujas bases legais se encontram fora do Título V do TFUE.

²²⁴ “Towards the negotiation and adoption of the Stockholm Programme successor for the period 2015-2019”, estudo do Departamento C: Direitos dos Cidadãos e Assuntos Constitucionais da Direção-Geral de Assuntos Internos do Parlamento Europeu (2013)

Estas falhas tornaram-se ainda mais evidentes com análise intercalar do Programa de Estocolmo em 2012. Na verdade, nunca chegou a ser feita nenhuma análise de fundo *per se*, pelo menos não uma análise que permitisse o público em geral perceber o que foi atingido desde que o programa foi aprovado. O mais próximo disso foi a avaliação da Presidência Cipriota²²⁶, apresentada em dezembro de 2012²²⁷. No que toca ao direito penal, o documento nota os inúmeros avanços que ocorreram neste campo desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, assinalando a cooperação entre o Parlamento Europeu e o Conselho no combate ao tráfico humano, exploração sexual de crianças, cibercrime e proteção de mulheres e vítimas. Ademais, o documento dá especial atenção à necessidade de criação de medidas de proteção dos interesses financeiros da União, nomeadamente através da proposta da Comissão de criação da Procuradoria Europeia²²⁸. É ainda referida a necessidade de incentivar a implementação do Roteiro, com vista ao aumento da confiança mútua entre Estados-Membros.

Nos dias 18 e 19 de julho 2013, o Conselho reuniu-se para debater as questões do domínio JAI²²⁹. Um dos objetivos deste debate, seria entre outros, preparar para uma discussão ao nível ministerial no Conselho JAI sobre o período pós-Estocolmo. Deste modo, ficou acordado que na reunião de junho de 2014 seriam definidas as linhas de orientação para o ELSJ, nos termos do artigo 68.º TFUE.

Também antecipando o fim da vigência do Programa de Estocolmo, a Comissão emitiu no dia 3 de março de 2014, a Comunicação “*The EU Justice Agenda for 2020 – Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union*”²³⁰. A Agenda 2020 para a Justiça Europeia estabelece as orientações da Comissão para a direção política do trabalho da União neste domínio nos próximos anos.

²²⁵ As diferenças de opinião entre o Conselho e a Comissão neste aspeto tornaram-se mais que evidentes com a publicação do Plano de Ação da Comissão, tendo o Conselho sido obrigado a reiterar que a Comissão devia se limitar estritamente ao programa.

²²⁶ A análise intercalar do Programa de Estocolmo não foi recebida com grande entusiasmo, muito devido ao facto de o documento não ser acompanhado das reflexões de fundo que seriam necessárias

sobre a programação nos termos artigo 68.º TFUE e pelo respeito ao princípio da cooperação interinstitucional, e, em segundo lugar, porque os resultados provisórios não eram bons.

²²⁷ Documento do Conselho da União Europeia 15921/12

²²⁸ Vide nota-de-rodapé 170

²²⁹ Documento do Conselho da União Europeia 14898/13

²³⁰ COM(2014) 144 final

A Agenda 2020, que começa por mencionar os desenvolvimentos realizados na área de justiça a vários níveis, reconhece que existem vários desafios que ainda têm de ser superados, nomeadamente no que toca à confiança mútua, à mobilidade de cidadãos e ao crescimento. A Comissão propõe assim a política dos três “Cs” para ultrapassar estes desafios. Assim, o objetivo da União para os próximos anos deve ser consolidar o já foi alcançado, e, quando necessário e apropriado, codificar a legislação da UE e complementar o quadro existente com novas iniciativas. Dependendo do tipo de desafios, a política de justiça da UE de futuro deve usar uma combinação desses métodos, com base numa análise caso-a-caso e após uma avaliação do impacto. Ao aplicar qualquer um destes métodos, a União deverá ter em conta o facto de que a diversidade de sistemas e tradições jurídicas nacionais tem de ser preservada e que os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade devem ser respeitados, bem como a necessidade de basear toda a ação da UE, nomeadamente no domínio das políticas de justiça, na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais.

Assim, a Comissão propõe que a União comece primeiro por consolidar o progresso que já foi alcançado, nomeadamente ao nível da:

- i. Salvaguarda dos direitos fundamentais²³¹;
- ii. Garantia de recursos eficazes²³²;
- iii. Formação judiciária²³³;
- iv. Tecnologias da informação e comunicação²³⁴; e

²³¹ A UE deverá prosseguir os seus esforços para garantir que continua a ser exemplar na sua aplicação do Carta. Para tal, é necessária a intervenção de todas as instituições europeias e Estados-Membros na aplicação do direito da UE para promover a aplicação efetiva da Carta e legislação secundária sobre direitos específicos, tais como a proteção dos dados pessoais, a igualdade de género,

os direitos dos cidadãos, direitos julgamento justo ou direitos das crianças.

²³² A UE deve prosseguir os seus esforços para garantir ao respeito do direito a um recurso efetivo perante um tribunal em caso de violação do direito da UE (artigo 47.º da Carta), inclusive nos casos em que os procedimentos nacionais são excessivamente difíceis para os cidadãos para reivindicarem os direitos que lhes são conferidos pela legislação da UE em casos transfronteiriços. Para facilitar ainda mais a rápida resolução dos conflitos, os Estados-Membros devem promover a utilização de outros tipos de mecanismos de reparação e mecanismos extrajudiciais desenvolvidos na UE, que podem oferecer uma solução rápida, eficiente e menos onerosa para as disputas.

²³³ O impacto da legislação da UE sobre a vida quotidiana dos cidadãos e das empresas europeias é tal que todos os profissionais de justiça, desde advogados e oficiais de justiça a juizes e procuradores, devem conhecer a legislação da UE e serem capazes de interpretar e aplicar efetivamente a legislação europeia, tal como o seu próprio direito interno. No sistema legal descentralizado da União, os juizes nacionais, têm, muitas vezes de se tornar em "juizes de direito da União" para serem capazes de cumprir as suas responsabilidades. Assim, treinar profissionais do direito na legislação da UE é essencial para garantir que o direito da UE é implementado e aplicado corretamente, reforçando, desde modo, a confiança em cada um dos sistemas judiciais nacionais.

v. Cooperação operacional²³⁵.

Adicionalmente, a UE deve canalizar os seus esforços para codificar a legislação e práticas jurídicas, de modo a facilitar o conhecimento, compreensão e o uso de legislação, o reforço da confiança mútua, bem como a consistência e segurança jurídica, contribuindo simultaneamente para a simplificação e a redução da burocracia.

Relativamente ao direito penal da União Europeia, uma vez que a legislação europeia relativa aos direitos processuais em matéria penal encontra-se atualmente contida num número considerável de instrumentos diferentes, que têm sido desenvolvidos e adotados ao longo dos últimos anos, a codificação dos direitos penais processuais num único instrumento poderia vir a ser examinado. Tal poderia ser um avanço significativo no reforço das condições equitativas e na coerência da proteção dos direitos dos suspeitos. De modo a facilitar a confiança e cooperação mútuas, deve igualmente ser dada atenção à jurisprudência do TJUE relativa às regras e princípios que devem ser aplicados pelas administrações nacionais na aplicação da legislação europeia.

Por último, de acordo com a Comunicação da Comissão, a União deve procurar promover iniciativas para complementar as políticas de justiça e instrumentos legais existentes, sempre que apropriado. O objetivo deve ser o reforço da confiança mútua, de modo a facilitar a vida dos cidadãos e contribuir ainda mais para o crescimento. Claro que a necessidade e o valor acrescentado deste tipo de iniciativas complementares devem ser cuidadosamente avaliados, tal como acontece com outras políticas da UE. As abordagens escolhidas (por exemplo, reconhecimento mútuo, identificação da lei aplicável, harmonização tradicional, harmonização substantiva opcional ou regime de direito processual) dependerão sempre da matéria em apreço. Mais uma vez é reafirmada a importância de reforçar a confiança mútua, com vista a facilitar a cooperação entre Estados-Membros.

²³⁴ As tecnologias da informação e da comunicação (e-justice) facilitam o acesso à justiça dos cidadãos e empresas.

²³⁵ Profissionais de justiça de toda a Europa devem trabalhar em conjunto para trocar informações de forma rápida e segura e para obter assistência dos seus homólogos. Melhorar operacional cooperação entre todas as partes envolvidas é crucial, especialmente para estabelecer a confiança mútua. Os atuais mecanismos e redes em matéria civil e penal, como as *European Judicial Networks*, devem ser reforçados e o seu potencial plenamente explorado, incluindo *online*. Neste contexto, a EUROJUST irá desempenhar um papel fundamental.

Neste contexto e passados cinco anos da aprovação do Programa de Estocolmo, nos dias 26 e 27 de junho de 2014, teve lugar a reunião do Conselho Europeu²³⁶. Relativamente ao ELSJ, ficou acordado que, «(...)com base nos programas anteriores, a prioridade geral consiste agora em transpor com coerência e em implementar e consolidar com eficácia os instrumentos jurídicos e as medidas em vigor²³⁷».

É ainda salientada a necessidade de reforçar a confiança mútua nos respetivos sistemas de justiça²³⁸ e de medidas para, por exemplo,

- promover a coerência e a clareza da legislação da UE para os cidadãos e as empresas;
- simplificar o acesso à justiça;
- promover vias de recurso efetivas e a utilização de inovações tecnológicas, nomeadamente o recurso à justiça eletrónica;
- continuar a envidar esforços para reforçar os direitos dos suspeitos e arguidos em processo penal; analisar o reforço dos direitos das pessoas, nomeadamente das crianças, nos processos judiciais a fim de facilitar a execução de decisões em direito da família e em matéria civil e comercial com implicações transfronteiras;
- reforçar a proteção das vítimas;
- reforçar o reconhecimento mútuo das decisões e sentenças em matéria civil e penal, entre outros.

O Conselho Europeu termina com o convite às instituições da UE e os Estados-Membros “a assegurarem um seguimento legislativo e operacional adequado das presentes orientações e procederá a uma revisão intercalar em 2017”²³⁹.

Facilmente percebemos que estas linhas de orientação não têm o mesmo ímpeto nem do Programa de Tampere, nem do Programa de Estocolmo. O objetivo é claramente uma implementação efetiva do acervo existente e a sua “consolidação”, enquanto a codificação deste quadro-jurídico ou a sua integração como novas iniciativas legislativas apenas deve ocorrer quando forem necessárias e

²³⁶ Documento do Conselho Europeu EUCO 79/14

²³⁷ Ponto 3 do documento mencionado na nota anterior

²³⁸ Ponto 11

²³⁹ Ponto 13

apropriadas²⁴⁰. A verdade é que as discussões no contexto da preparação das linhas de orientação estratégica (nos termos do artigo 68 TFUE), demonstram que não houve grande entusiasmo no seio da União para que sejam criadas novas iniciativas legislativas até 2020, o que demonstra alguma “letargia legislativa” e alguma pausa no desenvolvimento de uma política criminal europeia²⁴¹.

²⁴⁰ Lorenzo SALAZAR, “EU’s Criminal Policy and the Possible Contents of a New Multi-Annual Programme – from one city to another”, in *The European Criminal Law Associations’ Forum: EU Criminal Policy – Successor to the Stockholm Programme*, 2014

²⁴¹ Hans G. NILSSON, “Where should the European Union go in developing its criminal policy in the future?”, in *The European Criminal Law Associations’ Forum: EU Criminal Policy – Successor to the Stockholm Programme*, 2014

PARTE III

VI. PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO

Existem vários princípios do direito penal da União Europeia²⁴², mas devido à sua importância na construção da cooperação judiciária em matéria de direito penal, vamos-nos cingir exclusivamente ao princípio do reconhecimento mútuo.

De forma sucinta, o princípio do reconhecimento mútuo em matéria penal pode ser definido como «(...)a aceitação do pressuposto de que todos os Estados-Membros garantem um elevado e equivalente grau de proteção dos direitos fundamentais, de acordo com o standard da CEDH. Esta confiança permite reconhecer como válidas, no ELSJ as decisões adotadas ao abrigo das disposições nacionais, apesar da falta de harmonização²⁴³».

O Princípio do Reconhecimento Mútuo foi introduzido pela primeira vez ao nível da cooperação judiciária²⁴⁴ em 1998, com Conselho de Cardiff, como forma de evitar a harmonização de normas penais e processuais penais dos Estados-Membros, mas ao mesmo tempo, permitindo o desenvolvimento da cooperação em matéria penal e o estabelecimento do ELSJ²⁴⁵. Na altura, a importação deste princípio para o terceiro pilar foi vista como uma forma de haver um equilíbrio entre a necessidade de uma melhoria da cooperação judiciária e a necessidade de acalmar alguns Estados-Membros que se opunham a mais harmonização do direito penal²⁴⁶.

²⁴² Como o princípio da legalidade e as suas vertentes, princípio da proporcionalidade, princípio da responsabilidade pessoal penal ou o princípio da garantia judiciária.

²⁴³ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

²⁴⁴ O Princípio do reconhecimento mútuo é um conceito que foi importado do mercado interno e do caso *Cassis de Dijon*. Em resumo, de acordo com o TJUE, os produtos que legalmente entrem no mercado de um Estado-Membro, pode circular livremente no mercado interno. Enquanto que no mercado interno é utilizado para complementar a harmonização, no ELSJ, o princípio do reconhecimento mútuo é muitas vezes visto como uma alternativa à harmonização.

²⁴⁵ Ponto 39 das Conclusões do Conselho Europeu e de Cardiff de 15 e 16 de junho de 1998

²⁴⁶ Rebecka KRÖNMARK, “Limits of Mutual Recognition in Criminal Matters”, 2010

Em teoria, o princípio do reconhecimento mútuo permite que haja um reforço da cooperação judiciária em matéria penal, sem interferir com a soberania dos Estados-Membros.

Em 1999, o Conselho Europeu de Tampere, como já foi mencionado, elegeu o princípio do reconhecimento mútuo como “pedra-angular” da cooperação judiciária. O Conselho concluiu ainda que, no âmbito da implementação deste princípio, *«(...)deverão igualmente ser iniciados trabalhos sobre um título executório europeu e sobre os aspetos do direito processual relativamente aos quais se consideram necessárias normas mínimas comuns para facilitar a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, no respeito dos princípios jurídicos fundamentais dos Estados-Membros²⁴⁷»*.

De acordo com a Comunicação da Comissão e do Parlamento Europeu de 2000, sobre o reconhecimento mútuo de decisões finais em matéria penal²⁴⁸, o princípio do reconhecimento mútuo baseia-se na ideia de que *«(...)ainda que outro Estado possa não tratar uma determinada questão de forma igual ou análoga à forma como seria tratada no Estado do interessado, os resultados serão considerados equivalentes às decisões do seu próprio Estado. É fundamental a confiança mútua, tanto na pertinência das disposições do outro Estado como na correta aplicação dessas disposições»*.

Assim, por outras palavras, uma vez adotada uma determinada medida (por exemplo, uma decisão de um juiz no exercício dos seus poderes num Estado-Membro), esta seria automaticamente aceite em todos os outros Estados-Membros e produziria os mesmos efeitos ou, no mínimo, efeitos análogos²⁴⁹.

Por sua vez, no Programa de Haia de 2004, veio reafirmar a importância do princípio do reconhecimento mútuo para a cooperação judiciária, nomeadamente através da *«(...)aproximação das disposições e o estabelecimento de normas mínimas relativas a diversos aspetos do direito processual (por exemplo, o princípio ne bis in idem, o tratamento das provas ou os julgamentos in absentia)*

²⁴⁷ Ponto 37 das Conclusões do Conselho Europeu de Tampere (1999).

²⁴⁸ COM(2000) 495 final

²⁴⁹ *idem*

*desempenharão um papel fundamental para desenvolver a confiança mútua e prosseguir o reconhecimento mútuo*²⁵⁰».

Mais concretamente, de acordo Programa de Haia, devem ser “desenvolvidas diversas ações para garantir uma ação eficiente” por parte das autoridades nacionais competentes, como o reconhecimento mútuo das medidas de controlo não privativas de liberdade tomadas antes do julgamento ou o reconhecimento e execução de sentenças que decretem penas de prisão²⁵¹.

O Programa de Estocolmo, sem exceção, veio também reafirmar a importância deste princípio, notando que se deve continuar a prosseguir a aplicação do mesmo. Relativamente ao direito penal, o Programa de Estocolmo admite que o reconhecimento mútuo pode ser «alargado a todos os tipos de sentenças e decisões judiciais que, em função do sistema jurídico, podem ser penais ou administrativas²⁵²».

O principal objetivo do princípio do reconhecimento mútuo será então a cooperação judiciária em matéria penal²⁵³ e tem efeitos quase automáticos. O Estado de execução não pode recusar a cooperação com base em fundamentos discricionários, estando para isso limitado aos casos previstos nos diversos instrumentos de reconhecimento mútuo.

Nos termos do Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões penais²⁵⁴, «(...) o reconhecimento mútuo assume, pois, formas diversas, devendo ser procurado em todas as fases do processo penal²⁵⁵, antes²⁵⁶, depois ou após a sentença²⁵⁷, mas as suas regras diferem consoante a natureza da decisão ou da pena infligida».

²⁵⁰ Vide nota-de-rodapé 81

²⁵¹ *idem*

²⁵² Ponto 3.1.1.

²⁵³ Tradicionalmente, a cooperação judiciária em matéria penal é feita com base no princípio da solicitação.

²⁵⁴ Documento do Conselho 2001/C 12/02

²⁵⁵ Como é, por exemplo, o caso do Mandado de Procura Europeu (Decisão-quadro do Conselho 2002/584/JAI de 13 de Junho de 2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros).

²⁵⁶ Será o caso, por exemplo, da Decisão-Quadro de 2009/829/JAI do Conselho de 23 de Outubro de 2009 relativa à aplicação, entre os Estados-Membros da União Europeia, do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre medidas de controlo, em alternativa à prisão preventiva

²⁵⁷ Por exemplo, a Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho de 26 de Fevereiro de 2009 que altera as Decisões-Quadro 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI, e que

Indissociável do princípio do reconhecimento mútuo, é o conceito de confiança mútua. Enquanto no mercado interno o contexto de reconhecimento mútuo é justificado para acompanhar a harmonização, na cooperação judiciária em matéria penal, o reconhecimento mútuo é baseado no conceito de confiança mútua – este princípio só pode funcionar se os Estados-Membros confiarem nos sistemas de justiça criminal uns dos outros, em respeito dos «(...)princípios da liberdade, da democracia e do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, e do Estado de direito».

Dois dos principais instrumentos para o crescimento da cooperação judiciária em material penal e na cooperação policial tiveram origem no princípio do reconhecimento mútuo e na confiança mútua. O mandado de detenção europeia é definido pela Decisão-Quadro do Conselho 2002/584/JAI²⁵⁸ como «(...)uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade». Os mandados de detenção europeu deverão ser executados pelos Estados-Membros com base no princípio do reconhecimento mútuo²⁵⁹ e é por essa mesma razão que se fala em “entrega” e não em “extradição”²⁶⁰. O artigo 2 define o âmbito de aplicação do diploma, apresentando uma lista exaustiva de infrações que são «(...)puníveis no Estado-Membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos», sem que haja controlo da dupla incriminação do facto. Por sua vez, o mandado europeu de obtenção de provas consiste numa «(...)decisão judiciária emitida por uma autoridade competente de um Estado-Membro, tendo em vista a obtenção de objetos, documentos e dados de outro Estado-Membro»²⁶¹. Nos termos no artigo 1.º/2 do diploma, «(...) os Estados-Membros executam todo e qualquer mandado europeu de obtenção de provas com base no princípio do reconhecimento mútuo».

reforça os direitos processuais das pessoas e promove a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere às decisões proferidas na ausência do arguido.

²⁵⁸ Artigo 1.º/1

²⁵⁹ Artigo 1.º/2

²⁶⁰ D M. DANE / F.A.N.J. GOUDAPPEL, “European Criminal Law”, in *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, Capítulo 10, 2011

²⁶¹ Artigo 1.º/1 Decisão-quadro do Conselho 2008/978/JAI

No entanto, o princípio do reconhecimento mútuo não está isento de críticas. Uma das maiores críticas diz respeito ao facto de este princípio ter sido importado do mercado interno para o ELSJ, tendo sido esquecido que o objetivo do mercado interno é a livre circulação de mercadorias, enquanto o objetivo do processo penal é uma prossecução penal que respeite os princípios fundamentais do Estado de Direito. Enquanto na livre circulação de mercadorias, a transposição de fronteiras não prejudica a qualidade do produto, o mesmo não pode ser dito da “circulação” de decisões judiciais, já que estas têm de respeitar os fundamentos, qualidades, a configuração e os efeitos da ordem jurídica onde foi proferida.

Tão pouco é um princípio absoluto e sem limitações. Se os Estados-Membros ou a União pretendem a execução eficaz de procedimentos criminais transfronteiriços com base no princípio do reconhecimento mútuo, este princípio tem de ser limitado se o procedimento incorre no risco de violar os interesses legítimos dos indivíduos ou do Estado-Membro. Mais, a medida em que o reconhecimento mútuo pode ser limitado, deve ser determinada por meio de um teste de proporcionalidade, que deve ter em conta tanto os interesses dos indivíduos como nacionais. E é esta limitação que reforça a confiança mútua entre os Estados-Membros e a confiança dos cidadãos na União²⁶².

A natureza transfronteiriça dos procedimentos criminais, só por si, pode colocar os indivíduos que são afetados numa posição mais fraca do que se o processo tivesse sido puramente nacional, independentemente do reconhecimento dos seus direitos fundamentais. Tal é ainda mais problemático se estivermos a falar de uma posição jurídica que não existe, de todo ou parcialmente, no segundo Estado-Membro. Face a isto, a limitação do reconhecimento mútuo através dos direitos dos indivíduos deve ter em atenção (a) os direitos dos suspeitos; (b) os direitos das vítimas; e (c) os direitos de terceiros afetados pelo processo²⁶³.

- a. Direitos dos suspeitos – para que o processo penal seja realizado em conformidade do Estado de Direito, é fundamental que o estatuto de suspeito e os direitos correspondentes sejam atribuídos ao mesmo ou mais depressa possível ou, o mais tardar, antes de as investigações

²⁶² “A Manifesto on European Criminal Procedural Law”, do grupo académico *European Criminal Policy Initiative*, 2013

²⁶³ *idem*

terem início. Só assim estão preenchidos os requisitos dos artigos 47 da Carta dos Direitos Fundamentais e o artigo 6 (1) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Adicionalmente, devido às diferenças entre os sistemas jurídicos nacionais, corremos o risco de os direitos dos suspeitos poderem ser em grande parte desvalorizados ou contornados devido ao “*forum shopping*”. Assim, o legislador europeu deve responder a este perigo através da criação de um nível geral de proteção dos direitos dos suspeitos mais importantes, o que claramente ultrapassa as normas mínimas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

- b. Direitos das Vítimas – caso os procedimentos criminais ocorram fora do seu país de residência, a vítima corre o risco de ver os seus direitos reduzidos (já para não falar do facto de a vítima ter de lidar com um sistema jurídico estrangeiro). Um exemplo será o de que cada Estado-Membro atribui diferentes direitos de participação no processo. Existe assim, uma necessidade de prestar ao auxílio à vítima, nomeadamente através da divulgação atempada de informação sobre os procedimentos, sobre as instalações de proteção à vítima e sobre os seus direitos, interpretação ou tradução, assim como com a nomeação de um advogado.
- c. Direitos de terceiros afetados pelo processo – um dos resultados da aplicação do princípio do reconhecimento mútuo pode ser a desvalorização dos terceiros afetados pelos procedimentos criminais, o que, em última instância, pode culminar com uma violação dos direitos fundamentais previstos na Carta dos Direitos Fundamentais, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e nas tradições constitucionais dos Estados-Membros.

A aplicação do princípio do reconhecimento mútuo também deve ser limitada pelo respeito da identidade nacional e ordem pública do Estado-Membro. Deste modo, o princípio do reconhecimento deve ser redigido de tal forma que o Estado de execução apenas deve poder agir de acordo com suas tradições e valores nacionais, o que pode ser conseguido através da introdução de um fundamento específico de

recusa de cooperação, como é, por exemplo, explicitamente previsto em matéria de processo civil.

Claro está, estas limitações só fazem sentido se forem feitas à luz do princípio da proporcionalidade²⁶⁴. Assim, durante o decurso do processo todas as medidas devem ser apropriadas e necessárias para atingir o seu fim legítimo. Num sistema baseado no reconhecimento mútuo, o legislador europeu deve garantir que o Estado de emissão avalia a proporcionalidade de cada uma das medidas tomadas²⁶⁵.

²⁶⁴ Artigo 5.º/4 TFUE e presente nas constituições de inúmeros Estados-Membros.

²⁶⁵ “A Manifesto on European Criminal Procedural Law”, do grupo académico *European Criminal Policy Initiative*, 2013

VII. DIREITO MATERIAL DO DIREITO PENAL DA UNIÃO EUROPEIA

A. A competência da União na produção normativa e harmonização em sede de cooperação judiciária em matéria de direito material penal da União Europeia

Como já foi dito, o Tratado de Lisboa distingue, nos artigos 82.º e 83.º TFUE, entre o direito processual penal e o direito material penal da União Europeia. A competência da União em matéria de direito material penal encontra-se estipulada no artigo 83.º TFUE.

Relativamente ao n.º 1 do artigo 83.º TFUE, este limita a criação, através de Diretivas aprovadas segundo o processo legislativo ordinário, de regras mínimas para a definição das infrações e sanções penais a determinados domínios da criminalidade e apenas quanto tais regras sejam necessárias²⁶⁶ para o combate à criminalidade grave transfronteiriça, elencados no §2 do mesmo número²⁶⁷. Como já dissemos também, o Conselho pode ainda, decidindo por unanimidade e após aprovação pelo Parlamento Europeu, identificar outros domínios da criminalidade que preencham os requisitos do §1.

Por sua vez, o artigo 83.º/2 TFUE prevê a competência acessória da União em matéria penal, consequência da existência prévia de medidas de harmonização da União. Assim, parece que um direito penal acessório poderá ser utilizado para sancionar o incumprimento de qualquer norma, independentemente dos interesses por ela protegidos ou, até, na ausência de qualquer bem objeto de proteção pela norma. Ora, um direito penal acessório não é de todo compatível com um Estado de direito, nem com a própria proteção dos bens jurídicos fundamentais. A utilização deste preceito terá se ser, então, cautelosa. Adicionalmente, a harmonização dos

²⁶⁶ A União apenas poderá recorrer à harmonização se esta for “necessária”, nos termos do artigo 67.º/3 TFUE. Por outras palavras, a União deverá recorrer à harmonização, apenas quando não houver outras medidas para controlo da criminalidade. O conceito de “necessidade” pode ser desdobrado em “proporcionalidade” (deve ser utilizada a medida que menos prejudique a soberania nacional pela natureza do interesse em causa), “subsidiariedade” (nenhuma outra medida europeia permite atingir a mesma finalidade) e, “adequação” (a harmonização permite atingir o objetivo prosseguido).

²⁶⁷ Alguma doutrina é do entendimento de que esta disposição vem restringir significativamente a jurisdição do TJUE, defendendo que, de acordo com o enquadramento institucional anterior, seria possível proceder à harmonização em qualquer domínio da criminalidade, nos termos dos artigos 29.º/2 e 31.º/1 e) TUE. No entanto, não nos parece que esta interpretação faça grande sentido, uma vez que muito dificilmente os antigos Tratados teriam uma amplitude tão grande.

tipos e sanções penais só poderá ocorrer quando for “indispensável”²⁶⁸ para a eficaz execução da política em causa²⁶⁹, também através de Diretivas. Mais, quando a harmonização tenha lugar ao abrigo do artigo 83.º/2 TFUE, não é necessário que, por exemplo, o Parlamento Europeu intervenha, o que interfere com o princípio democrático e, em última instância, põe em causa o princípio da competência por atribuição²⁷⁰.

Estes artigos remetem-nos ainda para a competência do TJUE, estando em causa saber se a adoção de um instrumento normativo em matéria penal é feita ao abrigo do artigo 83.º/1 ou 2, assunto sobre o qual iremos elaborar mais à frente.

Pela forma como o artigo 83.º está estipulado, parece-nos que a forma de exercício das competências da União Europeia em material penal deve ser feita do seguinte modo²⁷¹:

- a. Existência de menção expressa do domínio de criminalidade em causa (será aplicado artigo 81.º/1 TFUE);
- b. Na inexistência de tal menção, (i) ou existe disposição expressa nos Tratados (à exceção das normas relativas ao ELSJ), em domínios unificados ou harmonizados pelas políticas da UE e que admita a aplicação de medidas de natureza penal; ou (ii), não existindo também disposição expressa, se estiver em causa uma política da União que tenha sido harmonizada, será então aplicado o artigo 83.º/2 TFUE.

Como já dissemos também, tanto o número 1 como o número 2 deste artigo referem a possibilidade de estabelecer regras mínimas relativamente aos tipos de infração e às sanções aplicáveis.

No entanto, a regra da harmonização mínima, juntamente com o facto de o artigo 83.º TFUE não prever competência para despenalização de condutas, poderá mesmo ter o efeito contrário ao desejado e, levar a uma maior penalização de condutas ao nível da UE.

²⁶⁸ Critério mais exigente do que o do n.º anterior do mesmo artigo.

²⁶⁹ De acordo com o BVerfG, o critério da “indispensabilidade” deve ser interpretado de forma estrita, devendo “existir comprovadamente uma grave *deficit* de execução da política em causa que apenas possa ser eliminado através do direito penal”. *Vide* ponto 362, BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.06.2009

²⁷⁰ *Vide* ponto 361 BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30.06.2009

²⁷¹ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

Mais concretamente, a harmonização poderá consistir não só nas definições ou conceitos gerais (por exemplo, organização criminosa, associação criminosa, associação para a prática de atos terroristas, etc.), mas também incluir disposições relativas à parte geral, como a participação, responsabilidade das pessoas coletivas, entre outros. Até à data, não foram adotados nenhuns conceitos relativos à Parte Geral, o que quer dizer que vigora a definição dos mesmos no direito nacional.

Já quanto à harmonização das sanções, tem sido utilizada a técnica dos “mínimos-máximos”. Tal como é dito no Livro Verde, apresentado pela Comissão, sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na União Europeia²⁷², «(...)a fórmula utilizada para a harmonização das sanções aplicáveis consistiu em definir, pelo menos, penas efetivas, proporcionadas e dissuasivas, fixando cada vez mais o mínimo da pena máxima».

Assim, tal como determinado pelas conclusões do Conselho JAI de 25 e 26 de Abril de 2002²⁷³ sobre a abordagem a aplicar em matéria de harmonização de penas, incluindo, designadamente, a aplicação de intervalos de variação com o objetivo de fixar o mínimo da pena máxima aplicável, existem quatro níveis de penas aplicáveis:

- Nível 1. pena privativa de liberdade com duração máxima de, pelo menos,
1 a 3 anos;
- Nível 2. pena privativa de liberdade com duração máxima de, pelo menos,
2 a 5 anos;
- Nível 3. pena privativa de liberdade com duração máxima de, pelo menos,
5 a 10 anos;
- Nível 4. pena privativa de liberdade com duração máxima superior a 10 anos (casos que exijam a imposição de sanções muito graves).

²⁷² COM(2004)334 final de 30.04.2004

²⁷³ Documento do Conselho 7991/02

O Conselho ressalva ainda que «(...)a definição de quatro níveis não implica que todos sejam usados em cada instrumento jurídico, nem tão-pouco que todas as infrações definidas em cada instrumento jurídico específico devam ser sujeitas ao princípio da harmonização de sanções. É de notar que os níveis a que nos referimos são níveis mínimos e nada impede os Estados Membros de ultrapassarem esses níveis nas suas legislações nacionais²⁷⁴».

Claro que a harmonização nesta matéria acaba por ser um pouco “simbólica”, já que os ordenamentos jurídicos nacionais são altamente diferentes em matéria de penas aplicáveis – uma pena de igual natureza e medida pode ter uma maior ou menor gravidade, dependendo do sistema penal do Estado-Membro em causa. No entanto, a harmonização de sanções pode ter bastante influência não só na aproximação dos sistemas jurídicos nacionais como também ao nível dos instrumentos de harmonização em matéria de cooperação judiciária e de processo penal, podendo inclusive levar a uma eventual alteração das penas a nível nacional, de modo a facilitar a cooperação internacional.

Por sua vez, é ainda de notar que a utilização da cláusula-travão em matéria de determinação de regras mínimas pode condicionar o próprio avanço da integração europeia nesta matéria. Nos termos dos artigos 82.º/3 e 83.º/3, os Estados-Membros podem acionar esta cláusula quando considerarem que uma determinada proposta de Diretiva “prejudica aspetos fundamentais do sistema de justiça penal” (como consequência, a proposta é levada ao Conselho Europeu e é suspenso o processo legislativo ordinário). Relativamente à definição de “aspetos fundamentais de justiça penal”, é necessário primeiro determinar se estamos perante um critério de direito europeu ou de direito interno. No primeiro caso, a sua aplicação seria feita pelo Tribunal de Justiça. No entanto, ou não fosse esta uma cláusula para salvaguardar os sistemas jurídico-penais dos Estados-Membros, parece ser um conceito de direito penal nacional²⁷⁵.

Para além das disposições relativas ao ELSJ, a doutrina admite ainda a possibilidade de as instituições europeias adotarem medidas em matéria penal com

²⁷⁴ Ponto 3 das Conclusões do Conselho

²⁷⁵ Não obstante, o conceito terá de ser melhor determinado no futuro. Nomeadamente, este critério poderá ter por base o princípio da culpa, o princípio da proteção de bens jurídicos, o princípio da subsidiariedade, o princípio da legalidade ou, o princípio da acessoriedade na participação, entre outros.

base no artigo 33.º TFUE (cooperação aduaneira) e artigo 325.º/4 TFUE (proteção dos interesses financeiros da EU), tanto através de Regulamentos como de Diretivas.

B. Eurocrimes

Com base no que foi dito até agora, parece-nos que existem dois critérios para a limitação do âmbito material da União²⁷⁶: 1) a defesa dos interesses da União (e, conseqüentemente de todos os cidadãos europeus), i.e., crimes em que a União é vítima; e 2) crimes sobre os quais todos os cidadãos são vítimas e que a UE tem uma obrigação moral de combater. Estes crimes serão os chamados Eurocrimes e vêm penalizados em vários instrumentos normativos, sendo assim contruída gradualmente a parte especial do direito da União Europeia. De seguida é feita uma categorização dos atos legislativos consoante o valor jurídico que protegem²⁷⁷.

a. **Crimes contra a concorrência leal**

No contexto dos crimes contra a concorrência leal, podemos identificar três categorias. Em primeiro lugar, encontram-se os crimes contra o direito da concorrência e que se referem às condutas proibidas pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Assim, impedir, restringir e falsear a concorrência, assim como o abuso de posição dominante são práticas incompatíveis com o mercado interno. Como exemplo de ato legislativo de direito penal, temos a Diretiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado). De seguida, os crimes de corrupção no sector privado são penalizados pela Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado. Por último, temos o crime de auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares, tal como previsto na Decisão-Quadro 2002/946/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2002.

b. **Crimes contra a integridade do setor financeiro**

No âmbito de instrumentos normativos que têm em vista a proteção do setor financeiro da União, são considerados como infrações penais o branqueamento de

²⁷⁶ “Developing a criminal justice area in the European Union, estudo do Departamento C: Direitos dos Cidadãos e Assuntos Constitucionais da Direção-Geral de Assuntos Internos do Parlamento Europeu, 2014

²⁷⁷ André KLIP, *European Criminal Law – an integrative approach*, Intersentia (Antwerp – Oxford – Portland), 2009

capitais²⁷⁸, o abuso de mercado²⁷⁹ e a contrafação de meios de pagamento²⁸⁰, entre outros.

c. Crimes contra os interesses financeiros da União

Relativamente ao combate aos crimes contra os interesses financeiros da União, é de relevar a Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (Convenção PIF)²⁸¹ e os seus protocolos, que estabelece uma definição jurídica harmonizada de fraude e exige que os seus signatários adotem sanções penais por fraude²⁸².

d. Crimes contra a dignidade humana

São considerados crimes contra a dignidade humana o racismo e a xenofobia²⁸³, o tráfico de seres humanos²⁸⁴ e a exploração sexual de crianças e pornografia infantil²⁸⁵.

e. Crimes contra a sociedade democrática

Exemplos de crimes contra a sociedade democrática serão a participação em organização criminosa²⁸⁶, atividades terroristas²⁸⁷ e os ataques contra os sistemas de informação²⁸⁸.

²⁷⁸ Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão

²⁷⁹ Regulamento (UE) N.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo ao abuso de mercado (regulamento abuso de mercado) e que revoga a Diretiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e as Diretivas 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE da Comissão

²⁸⁰ Diretiva 2014/62/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa à proteção penal do euro e de outras moedas contra a contrafação e que substitui a Decisão-Quadro 2000/383/JAI do Conselho

²⁸¹ Ato do Conselho, de 26 de Julho de 1995, que estabelece a Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias

²⁸² Vide nota-de-rodapé 217 relativa à proposta da Comissão para a Diretiva PIF

²⁸³ Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia

²⁸⁴ Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho.

²⁸⁵ Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho.

²⁸⁶ Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de Outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada

f. Crimes contra a integridade da administração pública

Por sua vez, são exemplos de crimes contra a integridade da administração pública, a corrupção ativa e passiva de funcionários da União²⁸⁹ e as infrações penais cometidas por ou contra funcionários durante operações realizadas noutro Estado-Membro²⁹⁰.

g. Crimes contra a saúde pública

As infrações relacionadas com estupefacientes será um dos maiores exemplos dos crimes contra a saúde pública e, nesse sentido, existem inúmeras decisões do Conselho apelando à penalização várias substâncias sintéticas. Neste contexto, um dos instrumentos normativos mais importantes será a Decisão-Quadro2004/757/JAI do Conselho, de 25 de Outubro de 2004, que adota regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infrações e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga²⁹¹.

h. Crimes contra o ambiente

Após a anulação da Decisão-Quadro 2003/80/JAI pelo TJUE, que iremos abordar mais adiante, foi aprovada a Diretiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa à proteção do ambiente através do direito penal.

Face ao que foi aqui exposto, parece que o foco predominante da União é o combate aos crimes de crimes financeiros (branqueamento de capitais, abuso de mercado, fraude, corrupção, entre outros). Todos estes atos legislativos procuram proteger o funcionamento sem perturbações do mercado interno e os setores a que dizem respeito.

²⁸⁷ Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo. No final do ano passado, a Comissão apresentou uma proposta de diretiva de alteração desta decisão-quadro (COM(2015) 625 final).

²⁸⁸ Diretiva 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de agosto de 2013 relativa a ataques contra os sistemas de informação e que substitui a Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho

²⁸⁹ Ato do Conselho, de 26 de Maio de 1997, que estabelece, com base no n.º 2, alínea c), do artigo K.3 do Tratado da União Europeia, a Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia

²⁹⁰ Vide Artigo 15.º do Ato do Conselho, de 29 de Maio de 2000, que estabelece, em conformidade com o artigo 34.º do Tratado da União Europeia, a Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia, que estabelece a responsabilidade penal dos funcionários durante as operações referidas nos artigos 12.º, 13.º e 14.º.

²⁹¹ Em 2013, a Comissão apresentou uma proposta de diretiva de alteração desta decisão-quadro, mas que está até hoje, ainda a ser discutida (COM(2013) 618 final).

Outro elemento comum que também encontramos é a proteção de algumas áreas políticas da União (drogas, entrada ilegal, ambiente, racismo e xenofobia) e ainda a proteção de pessoas vulneráveis (crianças vítimas de abuso sexual, combate ao tráfico de pessoas e da sociedade em geral contra os perigos do terrorismo).

Relativamente à estrutura, todos estes instrumentos começam por definir o tipo de comportamento e impõe aos Estados que o tornem punível. E, como dissemos, é frequente que exijam uma “sanção máxima-mínima”, assim como que os Estados-Membros garantam que o incitamento e a cumplicidade também são puníveis e que a responsabilidade penal também se estenda a pessoas coletivas. Por último, regra geral, estes instrumentos incluem disposições relativas à competência territorial do Estado-Membro.

VIII. DIREITO PROCESSUAL PENAL DA UNIÃO EUROPEIA

A. A competência da União na produção normativa e harmonização em sede do direito processual penal da União Europeia

Relativamente ao direito processual penal da União Europeia, a sua base legal encontra-se no artigo 82.º TFUE.

Pela forma como está formulado, não é possível haver harmonização do processo processual penal da União Europeia com base no número 1 do artigo 82.º TFUE. Caso fosse possível, não faria sentido incluir no número 2 um catálogo exaustivo referente aos domínios de harmonização, relativamente aos quais os Estados-Membros têm ao seu dispor o “travão de emergência”.

Assim, somos do entendimento de que o número 1 diz respeito apenas à harmonização ao nível do processo penal *latu sensu*, i.e., apenas relativamente a aspetos da cooperação entre os Estados-Membros em domínio da justiça penal²⁹². Por consequência, todas as iniciativas para o aumento da cooperação e implementação direta do princípio do reconhecimento mútuo (desde que não afetem o direito penal nacional *stritu sensu*), terão como base jurídica o artigo 82.º/1 TFUE.

Por sua vez, o número 2 permite que a União leve a cabo ações com vista à harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal. No entanto, a unificação das normas nacionais não é uma opção viável. A única opção será a criação de regras mínimas.

Fazendo uma leitura conjunta dos artigos 82.º/2 e do 67.º/3 TFUE, é fácil ver que a harmonização do direito processual penal está então limitada ao “estritamente necessário” ou ao necessário para «(...)facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça» com respeito pelos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros.

É de notar também que, apesar de não impedir que os Estados-Membros estabeleçam um nível mais elevado de proteção para além das regras mínimas, as disposições do Tratado dizem respeito à harmonização mínima. Ora, somos da

²⁹² Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

opinião que a harmonização em matéria de direito penal se deve reger não por um *standard* mínimo (como o da CEDH, por exemplo) mas sim por níveis de proteção mais elevados.

Como já foi dito, as regras mínimas de harmonização dizem respeito a: (i) admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros; (ii) direitos individuais em processo penal; (iii) direitos das vítimas da criminalidade; (iv) outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão. Para adotar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.

Neste sentido, tanto a adoção do Programa de Estocolmo como do Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processo penais²⁹³, foram um passo importante na direção certa. No entanto, até à data não foi aprovado nenhum ato jurídico da União no domínio da proteção dos direitos dos arguidos que estabelecesse um *standard* europeu em todos os Estados-Membros. Consequente, a proteção do direito dos arguidos permanece na esfera interna de cada Estado-Membro.

Poderíamos ainda alegar que os Estados-Membros partilham de um certo nível de harmonização, uma vez que têm de respeitar o *standard* mínimo comum da CEDH, *standard* que a própria UE tem de respeitar de acordo com o artigo 6.º TUE. No entanto, a adoção de mínimos que vão ao encontro do disposto na CEDH não se coaduna com a ideia de uma verdadeira comunidade de Direito que se pretende atingir com a União Europeia, nem é suficiente para fazer frente à situação atual.

²⁹³ Vide Parte V do trabalho

B. Princípios gerais e instrumentos europeus do direito processual penal

Como base nos instrumentos aprovados principalmente no âmbito do Programa de Estocolmo, assim como com base na jurisprudência do TFUE e do TEDH, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, já é possível identificar um leque razoável de princípios do direito processual penal e que iremos elencar de seguida.

a. **Direito a um processo equitativo**

Talvez o maior direito processual penal, que engloba, nos termos do artigo 6.º CEDH, «(...)qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida».

Este direito é também consagrado no artigo 47.º Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

b. **Direito de ser informado**

Nos termos do artigo 5.º/3, a) CEDH, o acusado tem o direito de informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada.

Neste âmbito e no seguimento do Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais foram aprovadas as Diretivas 2012/13/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de, de 22 de maio de 2012, relativa ao direito à informação em processo penal e 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal.

c. **Direito à liberdade e segurança**

O direito à liberdade e à segurança encontra-se previsto nos artigos 6.º CDFUE e 5.º CEDH.

d. Presunção de inocência

O artigo 48.º CDFUE consagra o direito a um processo equitativo em geral e o direito à presunção de inocência em particular.

e. Direito ao patrocínio e apoio judiciário

Nos termos do artigo 5.º/3, c), o acusado tem direito a defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem.

Neste contexto e no âmbito do Roteiro anexo ao Programa de Estocolmo, foi aprovada a Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares.

Embora estes instrumentos normativos representem um avanço significativo no desenvolvimento do direito processual penal da União Europeia, este ainda não produziram efeitos práticos e revelam-se insuficientes para reequilibrar, ao nível da União, a posição da acusação e da defesa no âmbito do processo penal²⁹⁴. É fácil perceber que há ainda um longo caminho a percorrer até à criação de um verdadeiro direito processual penal da União Europeia, sendo necessário não só a aprovação de várias medidas, mas também a sua efetiva implementação e transposição para a ordem jurídica dos Estados-Membros.

²⁹⁴ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

PARTE IV

IX. A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NO ESPAÇO DE LIBERDADE, SEGURANÇA E JUSTIÇA E NO DOMÍNIO DO DIREITO PENAL DA UNIÃO EUROPEIA

A. A competência do TJUE no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça antes e depois do Tratado de Lisboa

Como já tivemos oportunidade de dizer, o Tratado de Lisboa, ao alterar o Tratado da União Europeia e da Comunidade Europeia, aboliu a estrutura de pilares que havida sido introduzida com o Tratado de Maastricht. Com a supressão pelo menos formal²⁹⁵, o ELSJ passa a estar incluído no Título V da Parte III do TFUE e como tal, passa também a estar sujeito à jurisdição do TJUE. Para além de eliminar o antigo terceiro pilar relativo à cooperação policial e judiciária em matéria penal, o Tratado de Lisboa aboliu também o regime específico de competência do TJUE, tal como estava previsto no artigo 35.º do antigo TUE e, deste modo, os atos aprovados em matéria de cooperação policial e judiciária em matéria penal estão sujeitos às regras de competência aplicáveis às restantes áreas de atuação da União, previstas nos artigos 251.º ss TFUE.

A “unificação” do controlo jurisdicional relativamente ao ELSJ foi, assim, um dos maiores contributos do Tratado de Lisboa.

Deste modo, a competência do TJUE no ELSJ é, em princípio, uma competência obrigatória exercida através de todos os meios contenciosos e consultivos^{296 297}.

Apesar de tudo e dos efeitos da uniformização da competência do TJUE, as inovações introduzidas nos meios contenciosos, com exceção apenas da ação por

²⁹⁵ Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

²⁹⁶ Com exceção das especificidades em matéria de PESC.

²⁹⁷ Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

incumprimento²⁹⁸ e do recurso de anulação²⁹⁹, não foram muito expressivas. Assim, com o Tratado de Lisboa, o controlo jurisdicional do TJUE passa a ser exercido da seguinte forma.

a. Processo de questões prejudiciais

Tal como previsto no artigo 267.º TFUE, o processo de questões prejudiciais aplica-se a todos os atos jurídicos aprovados em matéria de ELSJ³⁰⁰. O Tratado de Lisboa veio ainda consagrar a admissibilidade do reenvio de questões prejudiciais de interpretação dos tratados³⁰¹ (artigo 267.º, a) TFUE).

Por sua vez, o artigo 267.º, b) TFUE prevê também a admissibilidade de questões prejudiciais de interpretação e de apreciação da validade de atos aprovados pelas instituições, órgãos e organismos da União.

O quarto parágrafo do artigo 267.º TFUE prevê ainda uma disposição inovadora e uma garantia processual adicional nos casos em que suscitada um reenvio prejudicial «(...) *em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível*». Estaremos então perante um procedimento prejudicial urgente³⁰² e só se aplica no domínio do ELSJ³⁰³.

²⁹⁸ Artigo 260.º TFUE

²⁹⁹ Artigo 263.º TFUE

³⁰⁰ Com exceção dos períodos transitórios, que iremos falar mais adiante, e das especificidades decorrentes da posição especial do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca e o estatuto de alguns Estados terceiros, assim como das exceções permitidas pelos tratados e pelo direito derivado.

³⁰¹ A interpretação do artigo Título IV do TCE, relativamente ao domínio dos vistos, asilo e imigração era possível, as o reenvio prejudicial era restrito aos tribunais nacionais, cujas decisões não fossem suscetíveis de recurso judicial (artigo 58.º TCE). Já no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, o reenvio prejudicial sobre a interpretação do artigo Título VI do artigo TUE não estava previsto no antigo artigo 35.º, pelo que, por força do artigo 46.º, b) do artigo TUE, o TJUE não teria competência. No entanto, o TJUE reconheceu a sua competência para interpretar o Título VI do artigo TUE, pelo menos em sede de reenvio prejudicial admissível de apreciação da validade de um ato do antigo terceiro pilar, à luz do artigo TUE. Assim, no Acórdão *Advocaten voor de Wereld* (processo C-303/05, par. 18), o TJUE considerou que «*com efeito, nos termos do artigo 35.º, n.º 1, UE, o Tribunal de Justiça é competente, sob reserva das condições constantes do referido artigo, para decidir a título prejudicial sobre a validade e a interpretação, nomeadamente, das decisões-quadro, o que implica necessariamente que possa, mesmo na inexistência de uma competência expressa para o efeito, interpretar disposições de direito primário como o artigo 34.º, n.º 2, alínea b), UE, quando, como no processo principal, é chamado a decidir se a decisão-quadro foi devidamente adotada com base nesta última disposição*». A sua competência era, no entanto, limitada e a um envio prejudicial cujo único objeto fosse a interpretação de disposições dos Tratados não poderia ser admitido.

³⁰² Sobre a tramitação prejudicial urgente, *vide* o Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça.

³⁰³ Artigo 107.º/1 do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça e artigo 23.º-A do Protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça.

Apesar de não ter havido alterações relativamente à distinção entre questões prejudiciais obrigatórias e facultativas, o impacto da sua aplicação ao ELSJ é notável. Se até ao Tratado de Lisboa, em matéria do primeiro pilar (vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas), apenas os órgãos jurisdicionais de cujas decisões não coubesse recurso judicial podiam (mas não eram obrigados) fazer o reenvio de questões prejudiciais para o TJUE³⁰⁴, com o Tratado de Lisboa todos os tribunais nacionais³⁰⁵ podem proceder ao reenvio prejudicial³⁰⁶, sendo este obrigatório³⁰⁷ quando a questão prejudicial for considerada obrigatória, nos termos do TFUE e da jurisprudência do Tribunal³⁰⁸.

b. Processo por incumprimento

O processo de incumprimento (artigos 258.º a 260.º TFUE) aplica-se à sindicabilidade do comportamento, por ação ou omissão dos Estados-Membros no âmbito do ELSJ³⁰⁹. Foi assim finalmente eliminada a exclusão da fiscalização pelo Tribunal da atuação dos Estados-Membros no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal.

O processo por incumprimento divide-se em duas fases, uma fase pré-contenciosa (artigos 258.º e 259.º do TFUE)³¹⁰ e uma fase contenciosa (artigo 260.º TFUE). As alterações do Tratado de Lisboa incidiram essencialmente sobre a fase contenciosa, com o objetivo de encurtar os processos que permitem a condenação de um Estado incumpridor no pagamento de uma quantia fixa e/ou de uma sanção pecuniária compulsória³¹¹.

³⁰⁴ Por sua vez, em sede do antigo terceiro pilar, a jurisdição prejudicial do TJUE em matéria de cooperação policial e judiciária em matéria penal dependia da aceitação dos Estados-Membros.

³⁰⁵ Sem prejuízo da aplicação dos artigos 9.º e 10.º do Protocolo n.º 36, relativo às disposições transitórias, bem como os estatutos derogatórios do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca.

³⁰⁶ De acordo com a jurisprudência do Tribunal, o reenvio é facultativo quando: 1) a questão suscitada não é pertinente; b) não exista jurisprudência do TJUE sobre a matéria; ou 3) a correta interpretação do direito da União se imponha com tal evidência que não dá lugar a qualquer dúvida razoável.

³⁰⁷ De acordo com a jurisprudência do Tribunal, a omissão de reenvio prejudicial obrigatório é um incumprimento do direito da UE, suscetível de gerar responsabilidade civil extracontratual dos Estados.

³⁰⁸ Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³⁰⁹ Salvaguardado os períodos transitórios, que iremos falar mais adiante, e das especificidades decorrentes da posição especial do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca e o estatuto de alguns Estados terceiros, assim como das exceções permitidas pelos tratados e pelo direito derivado.

³¹⁰ As disposições relativas à fase pré-contenciosa mantiveram-se praticamente inalteradas.

³¹¹ Sobre as alterações ao processo de incumprimento, Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

No âmbito do processo de incumprimento, devemos ainda mencionar o artigo 70.º TFUE, incluído com o Tratado de Lisboa. Este artigo confere ao Conselho, sob proposta da Comissão, competência para aprovar medidas que estabeleçam as regras «(...)as regras através das quais os Estados-Membros, em colaboração com a Comissão, procedem a uma avaliação objetiva e imparcial da execução, por parte das autoridades dos Estados-Membros, das políticas da União referidas no presente título, especialmente para incentivar a aplicação plena do princípio do reconhecimento mútuo».

Fica assim formalmente consagrado pelos Tratados o mecanismo de avaliação de execução pelos Estados-Membros de atos aprovados ao abrigo do antigo terceiro pilar, no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal.

c. **Recurso de anulação**

Previsto nos artigos 263.º e 264.º TFUE, o recurso de anulação aplica-se, regra geral, à fiscalização da legalidade de todos os atos da União no âmbito do ELSJ³¹². Este é o meio contencioso que mais sofreu alterações com o Tratado de Lisboa³¹³.

A competência do TJUE em razão da matéria estendeu-se aos atos de direito da União no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal³¹⁴. O objeto do recurso, assim como as legitimidades passivas e ativas também forma alargadas³¹⁵.

Aqui julgamos que é de assinalar a omissão da expressa consagração da legitimidade ativa dos órgãos e organismos da União, já que o ELSJ é um dos domínios onde há maior proliferação de órgãos e organismos (p.e., EUROPOL, EUROJUST, CEPOL, FRONTEX) e como tal, é um domínio potenciador de conflitos. Esta omissão deve ser colmatada pela admissibilidade de interposição de recurso de anulação com o estatuto de recorrentes não privilegiados³¹⁶.

³¹² Salvaguardado os períodos transitórios, que iremos falar mais adiante, e das especificidades decorrentes da posição especial do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca e o estatuto de alguns Estados terceiros, assim como das exceções permitidas pelos tratados e pelo direito derivado.

³¹³ Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³¹⁴ E a dois casos de atribuição de competência em matéria de PESC.

³¹⁵ Sobre as alterações ao recurso de anulação, PINTO, Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³¹⁶ *idem*

d. **Processo por omissão**

O processo de omissão (previsto nos artigos 265.º e 266.º TFUE), visa a declaração da verificação de uma abstenção de agir, em violação dos Tratados, imputável ao Parlamento Europeu, ao Conselho, à Comissão e ao BCE, bem como a qualquer órgão ou organismo da União.

O Tratado de Lisboa aumentou a competência do TJUE em razão da matéria, que agora abrange os comportamentos omissos no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, tendo aumentado também as legitimidades ativa e passiva. Aqui é de relevar que aos órgãos e organismos da União foi atribuída legitimidade passiva, mas não legitimidade ativa correspondente.

Relativamente ao objeto da ação por omissão, este pressupõe a existência de um dever de decidir por parte do demandado, subjacente à prática quer de um ato obrigatório, quer de um ato que, não sendo em si obrigatório, produz efeitos jurídicos definitivos, impedindo a aprovação de atos com natureza obrigatória, ou é necessário ao exercício pelas outras instituições/órgãos e organismos dos seus poderes³¹⁷. Deste modo, a abstenção de propostas legislativas indispensáveis à aprovação de atos legislativos da União³¹⁸ constitui uma omissão juridicamente relevante. Assim, a não apresentação pela Comissão de proposta legislativa em matéria em que o Conselho esteja obrigado a legislar, consubstancia uma omissão juridicamente relevante para efeitos da propositura de ação por omissão. O mesmo pode ser dito relativamente à omissão de apresentação de propostas que concretizem as orientações estratégicas da programação legislativa e operacional do ELSJ.

e. **Exceção de ilegalidade**

Prevista no artigo 277.º TFUE, a exceção de ilegalidade é um meio processual acessório, através do qual pode ser suscitado, a todo o tempo, em processo pendente no TJUE, o controlo incidental da legalidade de ato de alcance geral adotado por uma instituição, órgão ou organismo da União³¹⁹.

³¹⁷ *ibidem*

³¹⁸ Inclusive à concretização de orientações estratégicas da programação legislativa e operacional do ELSJ.

³¹⁹ Sobre as alterações à exceção de ilegalidade, Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

O Tratado de Lisboa aumentou a competência do TJUE em razão da matéria, passando agora a incluir os atos de alcance geral no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, incorporando a jurisprudência do TJUE sobre o conceito de ato de objeto de exceção de ilegalidade e ampliou a legitimidade passiva.

A exceção de ilegalidade assume particular importância no ELSJ, uma vez que veio permitir a invocação, a todo o tempo, da ilegalidade de atos de alcance geral no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal. É especialmente relevante porque os atos aprovados neste domínio, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, entretanto, não alterados, estavam sujeitos, até 1 de dezembro de 2014, ao regime contencioso do antigo artigo 35.º. Assim, até 1 de dezembro de 2014, as instituições (à exceção da Comissão), os órgãos e organismos e os particulares não tinham legitimidade para interpor recurso contra estes atos. A aplicação do regime contencioso pós-Lisboa a partir desta data (no âmbito do recurso de anulação) era desprovida de qualquer efeito útil, tendo em conta o prazo de 2 meses que era dado para a interposição do recurso.

- f. **Providências cautelares**, previstas nos artigos 278.º, 279.º e 299.º/4 TFUE³²⁰
- g. **Responsabilidade civil extracontratual**, prevista no artigo 340.º TFUE³²¹
- h. **Competência consultiva**, artigo 218.º/11 TFUE³²²

³²⁰ Sobre as alterações às providências cautelares, Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³²¹ Sobre as alterações a responsabilidade civil extracontratual, Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³²² Sobre as alterações à competência consultiva do TJUE, Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

B. As disposições Transitórias

Com artigo 10.º do Protocolo n.º 36 relativo às disposições transitórias, mantiveram-se inalteradas as competências do TJUE relativas aos atos de domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, aprovados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa e não alterados posteriormente pelo período de 5 anos, i.e., até 30 de novembro de 2014.

Nos termos do n.º 1 desse artigo, as competências conferidas ao TJUE nos termos do Título VI do Tratado da União Europeia, na versão em vigor até à entrada em vigor do Tratado de Lisboa, mantiveram-se inalteradas, inclusivamente nos casos em que tenham sido aceites nos termos do n.º 2 do antigo artigo 35.º. Por sua vez, o n.º 2 e n.º 3 do artigo 10 estabelecem que as disposições transitórias deixam de ser aplicadas a qualquer ato pré-Lisboa entretanto alterado e, em qualquer caso cinco anos após a data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

Assim, até o dia 1 de dezembro de 2014, o papel do TJUE no contexto da cooperação policial e judiciária em matéria penal depende do ato da União ter sido aprovado antes ou após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, no caso de ter sido aprovado antes, de ter sido, entretanto, alterado ou não³²³.

Por outras palavras, a competência do TJUE em razão da matéria no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal era então regida pelo regime do antigo Tratado, nomeadamente os artigos 35.º e 46.º, b). Consequentemente, a jurisdição do TJUE relativamente às questões prejudiciais era facultativa e dependia de uma declaração de aceitação dos Estados-Membros, estando limitada à verificação da validade e interpretação das Decisões-Quadro e das Decisões, às interpretações das Convenções estabelecidas ao abrigo do antigo Título VI, assim como à validade e à interpretação das respetivas medidas de aplicação. O âmbito do processo de questões prejudiciais também era mais limitado.

Adicionalmente, o TJUE não dispunha, durante o período transitório, de competência para apreciar, nos termos do contencioso comum, os atos aprovados ao abrigo do terceiro pilar em sede de recurso de anulação³²⁴, processo de

³²³ Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³²⁴ O artigo 263.º TFUE não é aplicável.

omissão³²⁵, processo por incumprimento³²⁶, ação de responsabilidade civil extracontratual³²⁷ da União e exceção de ilegalidade^{328 329}.

Relativamente ao regime dos atos aprovados no âmbito do terceiro pilar antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, nos termos do artigo 9.º do Protocolo (n.º 36), estes atos são preservados enquanto não forem revogados, anulados ou alterados.

Assim, nos termos do artigo 34.º do antigo TUE, as decisões-quadro e as decisões são vinculativas, mas não dispõem de efeito direto e, como tal, independentemente de um Estado-Membro ter não aplicado ou aplicado incorretamente uma decisão ou de não ter transposto dentro do prazo uma Decisão-Quadro para o direito nacional ou ter transposto incorretamente, o particular não pode invocar as disposições destes atos. No entanto, a ausência de efeito direto destes atos é mitigada pelo reconhecimento do princípio da interpretação conforme ao direito nacional³³⁰.

Já o eventual efeito direto das convenções no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal suscita algumas dúvidas, uma vez que, ao contrário das decisões-quadro e decisões, o antigo TUE não excluía expressamente o efeito direto das convenções³³¹. No entanto, de acordo com a jurisprudência do TJUE³³², as convenções realizadas no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal «(...)tem efeito direto sempre que, atendendo aos seus termos e ao objetivo e natureza desse acordo, contenha uma obrigação clara e precisa que não esteja dependente, na sua execução ou nos seus efeitos, da intervenção de nenhum ato posterior».

O artigo 9.º não prevê nenhum limite temporal da sua aplicação, o que indica que os efeitos dos atos são preservados até à sua revogação, anulação ou

³²⁵ O artigo 265.º TFUE não é aplicável.

³²⁶ O artigo 260.º TFUE não é aplicável.

³²⁷ O artigo 268.º TFUE não é aplicável.

³²⁸ O artigo 270.º TFUE não é aplicável.

³²⁹ Sobre a competência do TJUE durante o período transitório, Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³³⁰ Acórdão do TJUE de 16 de junho de 2005, caso *Pupino* (Processo C-105/03).

³³¹ Sobre os procedimentos para a aprovação de convenções no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³³² Acórdão de 8 de março de 2011, *Lesoochránárske zoskupenie*, processo C-240/09, par. 44

alteração, mesmo depois de decorrido o prazo limite para a preservação da competência do TJUE, nos termos dos artigos 35.º e 46.º, b) do antigo TUE.

Face aos avanços na integração europeia alcançados com o Tratado de Lisboa, parece-nos que o artigo 9.º deve ser interpretado como uma concessão ao intergovernalismo e uma garantia dos estatutos especiais do Reino Unido, Irlanda, Dinamarca e Estados terceiros no âmbito do ELSJ³³³, que saíram reforçados com a supressão da estrutura de pilares.

Terminado o período transitório, e apesar de manterem os seus efeitos jurídicos, os atos e convenções aprovados no âmbito do terceiro pilar, estão agora sujeitos à jurisdição comum do TJUE e à competência da Comissão no âmbito do processo por incumprimento. Assim, a exceção de ilegalidade, o processo de questões prejudiciais em toda a sua extensão, o processo por incumprimento e a responsabilidade civil extracontratual são agora plenamente aplicáveis.

No entanto, é de notar que a relevância do fim do período transitório relativamente a alguns meios contenciosos é consideravelmente reduzida³³⁴. Por exemplo, não será possível interpor um recurso de anulação destes atos uma vez que o prazo de dois meses para a interposição de recurso estará há muito esgotado. Intentar uma ação em matéria de responsabilidade civil extracontratual contra a União será igualmente difícil, uma vez que o prazo para o fazer prescreve após cinco anos a contar da ocorrência do facto que lhes tenha dado origem. O verdadeiro impacto do fim do período transitório dar-se-á sobretudo nos processos por incumprimento desencadeados pela Comissão³³⁵.

³³³ Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³³⁴ *idem*

³³⁵ Artigos 258.º a 260.º TFUE

C. A competência do TJUE no domínio do direito penal da União Europeia antes e após Lisboa

Como já dissemos, a competência do TJUE relativamente ao ELSJ e, em particular, no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal era bastante limitada.

No entanto, podemos identificar, na era pré-Lisboa, quatro acórdãos fundamentais para o a construção do espaço de direito penal da União: acórdão Milho Grego (processo 68/88, *Comissão Comunidades Europeias c. República Helénica*), o acórdão *Pupino* (processo C-105/03, *Processo penal c. Maria Pupino*), o acórdão do TJ de 13-09-2005 (processo C-176/03, *Comissão das Comunidades Europeias c. Conselho*) e acórdão do TJ de 23-10-2007 (processo C-440/05, *Comissão das Comunidades Europeias c. Conselho*).

O processo 68/88, de 1989, tinha como objeto uma «(...)ação destinada a obter a declaração de que, ao não apurar e ao não pagar à Comunidade os recursos próprios que foram fraudulentamente subtraídos ao orçamento comunitário, por determinadas quantidades de milho terem sido importadas da Jugoslávia para a Grécia sem ter sido cobrado qualquer direito nivelador, e depois exportadas para outro país membro da Comunidade como sendo de origem grega, e ao recusar adotar algumas outras medidas adequadas, a República Helénica não cumpriu as obrigações-que lhe incumbem por força do direito comunitário».

De acordo com a Comissão, a República Helénica, ao não ao não ter instaurado os processos crime ou disciplinares previstos pela legislação nacional contra os autores da fraude e todos aqueles que colaboraram na sua prática e dissimulação, devia ser julgada por violação do direito comunitário da mesma forma que os autores de violações do direito nacional, nos termos do artigo 5.º do Tratado.

O TJUE acolheu a acusação da Comissão, devendo que «(...)quando uma regulamentação comunitária não contenha qualquer disposição específica que preveja uma sanção para o caso de ser violada ou remeta, nesse ponto, para as disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais, o artigo 5.º do Tratado impõe aos Estados-membros que tomem todas as medidas adequadas para garantir o alcance e a eficácia do direito comunitário. Para esse efeito, ao mesmo tempo que conservam a possibilidade de escolher as sanções, eles devem,

designadamente, velar para que as violações do direito comunitário sejam punidas em condições, substantivas e de processo, análogas às aplicáveis às violações do direito nacional de natureza e importância semelhantes e que, de qualquer forma, confirmem à sanção um carácter efetivo, proporcionado e dissuasivo». Adicionalmente, «(...) as autoridades nacionais devem proceder, no que se refere às violações do direito comunitário, com a mesma diligência com que atuam na aplicação das normas nacionais correspondentes»³³⁶.

O Acórdão *Pupino*³³⁷, de 2005, tem por objeto um pedido de decisão prejudicial relativamente à interpretação dos artigos 2.º, 3.º e 8.º da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. O pedido foi apresentado no âmbito de um processo penal contra Maria Pupino, educadora de infância, acusada de ter provocado ofensas à integridade física a alunos com idade inferior a cinco anos na data da prática dos factos.

O Ministério Público italiano, em Agosto de 2001, requereu ao juiz de instrução criminal que procedesse à obtenção do depoimento de oito crianças menores, testemunhas e ofendidas nos crimes da arguida, ao abrigo do código penal italiano, por considerar que essa prova não podia ser remetida para a fase oral, devido à menoridade das testemunhas e à conseqüente e inevitável alteração da condição psicológica das mesmas, bem como a um eventual efeito de recalçamento psicológico. O Ministério Público requereu também que se procedesse à produção da prova de acordo com as formas especiais previstas no código penal italiano, para que a audiência decorresse numa estrutura especializada, *«(...)de forma a proteger a dignidade, a intimidade e a serenidade dos menores em causa, recorrendo-se, se necessário, a um especialista em psicologia, devido à delicadeza e à gravidade dos factos, bem como às dificuldades relacionadas com a tenra idade das vítimas»*.

A arguida opôs-se a esse requerimento alegando que não se verificava nenhuma das circunstâncias previstas no código penal italiano.

De acordo com órgão jurisdicional de reenvio, à luz das disposições nacionais aplicáveis, o requerimento do Ministério Público devia ter sido indeferido, na medida em que disposições mencionadas não preveem o recurso ao incidente da produção

³³⁶ Vide Acórdão *Milho Grego*, de 21 de setembro de 1989 (processo 68/88), pontos 23 – 25.

³³⁷ Acórdão de 16 de junho de 2005, Processo C-105/03.

antecipada de prova, nem a utilização de formas especiais de produção de prova, relativamente a factos como os que estavam a ser imputados à arguida.

O TJUE, considerando que, «(...)independentemente da existência ou não de efeito direto das disposições comunitárias», o juiz nacional tem a obrigação de «interpretar o seu direito nacional à luz da letra e dos objetivos da legislação comunitária» e tendo dúvidas quanto à compatibilidade dos artigos do código penal em questão com os artigos 2.º, 3.º e 8.º da decisão-quadro, na medida em que «(...)aquelas disposições limitam aos crimes sexuais ou de cariz sexual a faculdade de o juiz de instrução criminal recorrer, respetivamente, à produção antecipada de prova e às formas especiais de recolha e produção de prova, o juiz de instrução criminal do Tribunale di Firenze decidiu suspender a instância e pedir ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre o âmbito de aplicação exato dos artigos 2.º, 3.º e 8.º da decisão-quadro».

Assim, por outras palavras, o tribunal de reenvio pretendia essencialmente saber se os artigos 2.º, 3.º e 8.º/4, da decisão-quadro deviam «(...)ser interpretados no sentido de que um órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de autorizar que crianças de tenra idade, que, como no processo principal, aleguem ter sido vítimas de maus tratos, prestem o seu depoimento segundo modalidades que permitam assegurar-lhes um nível adequado de proteção, sem ser na audiência pública e antes da sua realização».

Nos termos do artigo 3.º da decisão-quadro, cada Estado-Membro devia garantir que as vítimas tenham possibilidade de serem ouvidas durante o processo e de fornecerem elementos de prova, assim como tomar as medidas adequadas para que as suas autoridades apenas interroguem a vítima na medida do necessário para o desenrolar do processo penal. Por sua vez, os artigos 2.º e 8.º/4 do diploma mencionado obrigavam cada Estado-Membro «(...)a envidar esforços no sentido de assegurar, nomeadamente, que durante o processo as vítimas sejam tratadas com respeito pela sua dignidade pessoal, de assegurar às vítimas particularmente vulneráveis a possibilidade de beneficiarem de um tratamento específico, o mais adaptado possível à sua situação, e de assegurar, quando for necessário proteger as vítimas, designadamente as mais vulneráveis, dos efeitos do seu depoimento em audiência pública, o direito de a vítima poder beneficiar de condições de depoimento

que permitam atingir esse objetivo por qualquer meio compatível com os seus princípios jurídicos fundamentais».

A decisão-quadro não definia quais as vítimas que eram “particularmente vulneráveis” na aceção dos artigos 2.º/2, e 8.º/4 do diploma. Porém, no entendimento do TJUE, «(...) *independentemente da questão de saber se a circunstância de a vítima de uma infração penal ser menor é suficiente, em geral, para a qualificar como particularmente vulnerável na aceção da decisão-quadro, é incontestável que quando, como no processo principal, crianças de tenra idade aleguem ter sido vítimas de maus tratos, para cúmulo por parte de uma educadora de infância, essas crianças devem ser qualificadas como tal, considerando nomeadamente a sua idade, bem como a natureza e as consequências das infrações de que alegam ter sido vítimas, com vista a beneficiar da proteção específica exigida pelas referidas disposições da decisão-quadro».*

Assim, o TJUE acabou por decidir que os artigos 2.º, 3.º e 8.º/4 da decisão-quadro deviam ser interpretados no sentido de que o órgão jurisdicional nacional devia ter a possibilidade de autorizar que crianças de tenra idade, que, como no processo principal, aleguem ter sido vítimas de maus tratos, prestassem o seu depoimento segundo modalidades que permitissem assegurar a estas crianças um nível adequado de proteção.

Deste modo, o acórdão do TJUE reconheceu que, nos termos do princípio da interpretação conforme, a não transposição de uma Decisão-Quadro 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

Em 2003 e 2005 respetivamente, a Comissão deu início a duas ações de anulação de Decisões-Quadro adotadas em matéria de política ambiental³³⁸ que impunham aos Estados-Membros a obrigação de adotar sanções penais para repressão das condutas violadoras das normas comunitárias, alegando que a base jurídica correta para a aprovação destes instrumentos seria o primeiro pilar³³⁹. O Tribunal de Justiça, pronunciando-se em ambos os casos, afirmou que as

³³⁸ Decisão-Quadro 2003/80/JAI, anulada pelo Acórdão do TJ de 13-09-2005 (processo C-176/03) e DQ 2005/667/JAI, anulada pelo Acórdão do TJ de 23-10-2007 (processo C-440/05).

³³⁹ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

Comunidades tinham competência acessória para impor aos Estados-Membros a adoção de medidas de natureza penal para a proteção do direito comunitário. As decisões do TJ delimitam, no entanto, as circunstâncias em que pode ser exercida a competência e a sua extensão.

Relativamente aos pressupostos da competência penal da Comunidade Europeia, o TJ considerou que a competência penal do primeiro pilar tinha natureza excecional, sendo a regra a inexistência desta competência³⁴⁰ e, como tal, é impossível o reconhecimento da competência penal a outros domínios não visados nas decisões do TJ.

No processo C-176/03, a Comissão, nos termos do artigo 35.º/6 do antigo TUE veio impugnar a Decisão-Quadro 2003/80 do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, relativa à proteção do ambiente através do direito penal, alegando que a base jurídica escolhida estava errada, devendo a medida legislativa em questão ser enquadrada no âmbito do Tratado CE e não, como aconteceu, no âmbito do Título VI do antigo Tratado UE³⁴¹.

De acordo com a Comissão, a decisão-quadro invadiu a esfera de competências que o artigo 175.º, a) TCE atribuía à Comunidade e violava por isso no seu conjunto, devido à sua indivisibilidade, o artigo 47.º UE. Os artigos 1.º a 7.º da referida decisão-quadro, que implicavam uma harmonização parcial das legislações penais dos Estados-Membros, especialmente quanto aos elementos constitutivos de diversas infrações penais contra o ambiente, podiam ter validamente sido adotados com base no artigo 175.º TCE, na medida em que, tendo em conta a sua finalidade e o seu conteúdo, tinham principalmente por objeto a proteção do ambiente, que constitui um dos objetivos essenciais da Comunidade.

A este respeito, o TJUE defendeu que *«(...)embora [fosse] verdade que, em princípio, a legislação penal, como as regras de processo penal, não são abrangidas pelo âmbito da competência da Comunidade, tal não pode impedir o legislador comunitário, quando a aplicação de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida indispensável para lutar contra os atentados graves ao ambiente, de tomar medidas*

³⁴⁰ *idem*

³⁴¹ *Vide* as conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomber sobre o processo C-176/03, apresentadas em 26 de Maio de 2005

relacionadas com o direito penal dos Estados-Membros que considere necessárias para garantir a plena efetividade das normas que promulgue em matéria de proteção do ambiente». Nas palavras do Tribunal, essa competência do legislador comunitário no quadro da aplicação da política de ambiente não podia «(...)ser posta em causa pelo facto de os artigos 135.º CE e 280.º/4, CE reservarem, nos domínios, respetivamente, da cooperação aduaneira e do combate às ofensas aos interesses financeiros das Comunidades, a aplicação do direito penal e da administração da justiça aos Estados-Membros».

Por sua vez, no processo C-440/05, a Comissão, nos termos do artigo 35.º/6 do antigo TUE pediu ao TJUE que anulasse a Decisão-Quadro 2005/667/JAI, de 12 de julho de 2005, destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios, alegando que, em violação do artigo 47.º antigo TUE, «(...)as medidas aí previstas que [previam] uma aproximação das legislação penal dos Estados-Membros deviam ter sido adotadas com base no Tratado CE e não com base no título VI do Tratado da União Europeia»³⁴².

A Decisão-Quadro 2005/667/JAI estabelecia, nos termos dos seus artigos 2.º, 3.º e 5.º, «(...)a obrigação de os Estados-Membros preverem sanções penais para as pessoas, singulares ou coletivas, que cometeram, instigaram ou se tornaram cúmplices de uma das infrações previstas nos artigos 4.º e 5.º da Diretiva 2005/35. 65 A decisão-quadro, nos termos da qual as sanções penais devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas, prevê, por outro lado, nos seus artigos 4.º e 6.º, o tipo e o grau das sanções penais a aplicar, em função dos prejuízos que as referidas infrações tenham causado à qualidade das águas, às espécies animais ou vegetais ou às pessoas».

Na sua decisão TJUE vai ainda mais longe do que o que já tinha dito no seu Acórdão *Milho Grego*, e defende que «(...)quando a aplicação de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida indispensável para lutar contra os atentados graves ao ambiente, esta última conclusão não pode impedir o legislador comunitário de tomar medidas relacionadas com o direito penal dos Estados-Membros que considere

³⁴² Vide as conclusões do Advogado-Geral Mazák sobre processo C-440/05, apresentadas em 28 de junho de 2007.

necessárias para garantir a plena efetividade das normas que promulgue em matéria de proteção do ambiente»³⁴³.

O TJUE nota também que a fixação do tipo e grau das sanções penais a aplicar não são da competência da Comunidade.

Assim, segundo o TJ, a Comunidade poderia adotar sanções penais desde que estivesse em causa a prossecução de uma política comunitária³⁴⁴ e que a aplicação de sanções penais (que deveriam ser efetivas³⁴⁵, proporcionadas e dissuasivas) fosse indispensável para a prossecução dessa política, i.e., se estivesse em causa um “atentado grave” no domínio da política comunitária em questão, não podendo, no entanto, adotar disposições que digam respeito ao tipo e grau de sanções aplicáveis.

A competência penal do primeiro pilar da Comunidade foi assim explicitamente proclamada pelo TJ apenas relativamente à proteção do ambiente e à política de transportes marítimos³⁴⁶. Em ambas as decisões, é claro o objetivo de salvaguarda do *effet utile* do direito comunitário³⁴⁷, ou seja, caso o legislador comunitário não pudesse adotar sanções penais para “garantir a eficácia das normas adotadas”³⁴⁸ no domínio comunitário em causa, cairiam por terra os objetivos comunitários e o seu efeito útil.

Relativamente à extensão da competência penal de primeiro pilar da Comunidade, o Tribunal decidiu expressamente que a mesma não inclui o tipo e o grau das sanções a aplicar³⁴⁹. Por outras palavras, a competência penal da Comunidade Europeia limitava-se apenas a exigir que os Estados-Membros adotassem sanções de natureza penal que fossem efetivas, proporcionadas e

³⁴³ Processo C-176/03, ACTJ de 13-09-2005, ponto 48.

³⁴⁴ E, de acordo com o ponto 45 do ACTJ de 13-09-2005, «(...)a escolha da base jurídica de um ato comunitário deve assentar em elementos objetivos suscetíveis de fiscalização jurisdicional, entre os quais figuram, designadamente, a finalidade e o conteúdo do ato (v. acórdãos de 11 de Junho de 1991, Comissão/Conselho, dito «Dióxido de titânio», C-300/89, Colect., p. I-2867, n.º 10, e de 19 de Setembro de 2002, Huber, C-336/00, Colect., p. 1-7699, n.º 30».

³⁴⁵ Sobre o critério da efetividade vide as conclusões do AG Mazák, no processo C-440/05.

³⁴⁶ Processo C-440/05, ACTJ de 23-10-2007.

³⁴⁷ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

³⁴⁸ Processo C-440/05, ACTJ de 23-10-2007, ponto 69.

³⁴⁹ Processo C-440/05, ACTJ de 23-10-2007, ponto 70 e 71.

dissuasivas, não podendo, no entanto, determinar o tipo de sanções penais a aplicar pelos Estados-Membros, nem a gravidade das mesmas³⁵⁰.

As alterações do Tratado de Lisboa em matéria penal trouxeram o alargamento das vias de tutela jurisdicional, assim como a eliminação quase total das restrições de vias de tutela consagradas para o terceiro pilar, o que acrescido ao alargamento das competências legislativas das instituições da União em matéria penal, representa um aumento significativo da atividade do TJUE nesta matéria.

Assim, a competência do TJUE é agora geral³⁵¹, deixando de haver distinção entre as competências do TJ relativamente às matérias dos antigos pilares, o artigo 35 do antigo TUE já não vigora e foi criado um regime alternativo para o controlo judiciário dos domínios do ELSJ.

Nos termos do artigo 19 (3) do TFUE, o TJUE, garante do respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados, decide sobre:

- a. Sobre os recursos interpostos por um Estado-Membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou coletivas;
- b. A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições;
- c. Nos demais casos previstos pelos Tratados.

Assim, a competência do TJUE abrange toda a extensão das matérias que anteriormente pertenciam ao terceiro pilar, à exceção do disposto no artigo 276, relativamente às responsabilidades dos Estados-Membros em manter a lei e a ordem pública e garantir a segurança interna, que iremos abordar de seguida.

Relativamente ao acesso direto ao Tribunal, este continua a ser feito através de recursos e da via prejudicial. Agora, ao contrário do que acontecia no TCE, os particulares e pessoas coletivas³⁵² têm legitimidade ativa em pé de igualdade com

³⁵⁰ Vide ponto 111 das conclusões do AG Mázak, de acordo com o qual, “a delimitação de competências assim descrita, de acordo com a qual a Comunidade pode exigir a aplicação de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas, mas deve deixar aos Estados-Membros a determinação do seu tipo e gravidade, apresenta também a vantagem da sua clareza. Penso que não é possível ir mais longe na distinção relativamente ao grau de precisão mediante o qual a Comunidade pode impor sanções penais”.

³⁵¹ Salvo a exceção do artigo 276.º TFUE.

³⁵² No entanto, os particulares terão sempre de demonstrar o interesse na ação, cumprindo o requisito adicional de serem os destinatários desses atos ou que os mesmos lhes digam respeito (i.e.,

os Estados e as instituições europeias. Já nas ações de incumprimento contra os Estados-Membros, apenas a Comissão Europeia e os Estados-Membros continuam a ter legitimidade ativa.

Adicionalmente, o TFUE também prevê ainda a possibilidade de criação de condições e regras específicas aos recursos interpostos por pessoas singulares ou coletivas contra atos de órgãos ou organismos europeus destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a essas pessoas³⁵³.

É ainda de referir que, nos termos do artigo 269.º, o TJUE é competente para se pronunciar sobre a legalidade de um ato adotado pelo Conselho Europeu ou pelo Conselho nos termos do artigo 7.º TUE, mas apenas a pedido do Estado-Membro relativamente ao qual tenha havido uma constatação do Conselho Europeu ou do Conselho e apenas no que se refere à observância das disposições processuais previstas no referido artigo.

Relativamente aos processos de reenvio prejudicial, o TJUE passou a ter competência sobre a matéria penal do antigo terceiro pilar, independentemente da declaração de aceitação dos Estados-Membros. Assim, o reenvio pode ser utilizado por qualquer instância, havendo apenas obrigatoriedade de reenvio para os tribunais que julgam em última instância³⁵⁴. Em casos de processos pendentes em tribunais, o reenvio para o TJUE terá natureza urgente³⁵⁵ e sobre o qual remetemos para o que já foi *supra* dito.

Como já tivemos oportunidade de dizer, o alargamento das competências do TJUE à matéria penal é um dos maiores marcos do Tratado de Lisboa. Neste sentido, é muito provável que o TJUE venha a ser um dos principais motores de integração penal na União Europeia.

Assim, lembrando-nos da jurisprudência que reconheceu os direitos fundamentais como princípios gerais de direito europeu e balizadores da ação da União, é expectável que o TJUE venha a configurar o direito penal da União Europeia como um direito penal que tem por base o princípio do Estado de direito,

vão ser afetados de forma equivalente a um eventual destinatário) e, no caso dos Regulamentos, acresce a este requisito a desnecessidade de medidas de execução (artigo 263.º TFUE).

³⁵³ Artigo 263.º §5 TFUE

³⁵⁴ Artigo 267.º TFUE

³⁵⁵ Artigo 267.º §4 TFUE

assim como os direitos e liberdades fundamentais consagrados pela CDFUE e a CEDH.

Neste contexto, somos do entendimento que a natureza vinculativa atribuída pelo Tratado de Lisboa à CDFUE é um passo, ainda que curto, nesta direção. Assim, o TJUE poderá analisar a validade dos atos das instituições e dos Estados-Membros em aplicação do direito da União, com base na CDFUE³⁵⁶. Adicionalmente, o Tratado de Lisboa também reconhece expressamente a vigência dos direitos fundamentais garantidos na CEDH e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, assim como os princípios gerais de direito da União³⁵⁷. Quer isto dizer que os atos das instituições europeias face à CEDH poderão ser apreciados tanto perante o TJUE como o TEDH.

Parece-nos que estão reunidas as condições para que o TJUE cumpra o seu papel de garante para que ELSJ se torne um verdadeiro espaço único de direito, onde são integralmente respeitados os direitos e as liberdades fundamentais³⁵⁸. Neste contexto, o TJUE terá um papel fundamental no desenvolvimento de novos princípios, próprios do direito europeu, e na reinterpretação de princípios estaduais tradicionais à luz do direito da União e do ELSJ.

³⁵⁶ Artigo 51.º/1 CDFUE

³⁵⁷ Artigo 6.º/3 TUE

³⁵⁸ Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010

D. Exceção de competência do TJUE – artigo 276.º TFUE

Apesar da supressão de grande parte das restrições às suas competências como acima referimos, o TJUE continua a não dispor de uma jurisdição plena no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal³⁵⁹.

Assim, nos termos do artigo 276.º TFUE³⁶⁰, no exercício das suas competências relativamente à cooperação policial e cooperação judiciária em matéria penal, «(...) o TJUE não é competente para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efetuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-Membro, nem para decidir sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna».

Este artigo, que parece ser uma cedência às «(...) preocupações em matéria de soberania e de segurança dos Estados-Membros»³⁶¹, é de particular relevância, uma vez que representa uma importante exceção à jurisdição generalizada do TJUE no âmbito em apreço. A notável a necessidade sentida pelos Estados-Membros de limitar as competências do TJUE, sobretudo após a comunitarização do terceiro pilar é o reflexo da «(...) elevada complexidade da matéria em questão»³⁶². Deste modo, os Estados-Membros recusam explicitamente a competência do TJUE abrangia as operações de polícia e cooperação judicial em matéria penal, numa óbvia tentativa de salvaguardar um domínio tradicionalmente pertencente ao núcleo duro das suas competências de uma eventual interpretação por parte do TJUE.

A grande dificuldade está em balizar os contornos precisos desta exceção à competência do TJUE no que respeita às atividades dos órgãos europeus intervenientes neste âmbito, nomeadamente quanto aos atos da EUROPOL e da EUROJUST.

³⁵⁹ Alexandre NORINHO DE OLIVEIRA, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp.992-994

³⁶⁰ Tal como no artigo 35.º do antigo TUE.

³⁶¹ Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014

³⁶² Alexandre NORINHO DE OLIVEIRA, “Anotação ao artigo 82.º TFUE”, in Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012, pp.992-994

Se, por um lado, poderíamos dizer que no contexto do carácter intergovernamental do antigo Terceiro Pilar, era compreensível que existisse uma cláusula assim, o mesmo não pode ser dito atualmente, dado o carácter “supranacional” do Tratado de Lisboa³⁶³. Assim, esta cláusula dá uma margem extra de discricionariedade aos Estados-Membros no domínio do direito penal e cooperação policial. Mais, pela forma como o artigo foi redigido, parece que aos Estados-Membros basta simplesmente invocar esta cláusula, sem que tenham de provar a necessidade ou proporcionalidade das suas reivindicações em causa.

Esta exceção deve, por isso, ser interpretada restritivamente, não sendo admissível deduzir do artigo 276.º TFUE uma cláusula geral de exclusão da competência do TJUE em matéria de manutenção da ordem pública e da garantia interna no ELSJ³⁶⁴.

³⁶³ J. W., DE ZWAAN, “The new governance of justice and home affairs: Towards further supranationalism”, in *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, Capítulo 2, 2011

³⁶⁴ *idem*

CONSIDERAÇÕES FINAIS E PERSPETIVAS DE FUTURO

Apesar de muito já ter sido feito nesse sentido ao longo dos anos, não existe ainda um direito penal da União Europeia. E é fácil ver porquê.

Nos últimos anos tem havido uma enorme evolução legislativa e política, que teve base nos Tratados de Maastricht, Amesterdão e Nice, com o objetivo de aprofundar a cooperação em matéria penal entre os Estados-Membros, esta cooperação, de natureza intergovernamental, não se coadunava com a criação de um direito penal autónomo, com princípios, regras de parte geral, tipos penais e processo penal autónomos, em tudo semelhante ao direito penal nacional. Todavia, o acervo deste quadro institucional anterior continua a ser essencial, já que muitas das suas consequências mantêm a sua atualidade.

Com o Tratado de Lisboa, é clara a vontade (e necessidade) de criação de um direito penal europeu e do aprofundamento da integração europeia nesta matéria. Daí temos numa maior abrangência, participação da Comissão e Parlamento Europeu no processo de criação normativa, competência mais abrangente do TJUE, maior controlo do respeito dos Tratados em matéria penal e maior efetividade e coercibilidade das normas europeia neste domínio. Mas as consequências políticas deste aprofundamento estão ainda por surgir. Nem o enorme desenvolvimento normativo nesta matéria com a vigência dos Tratados de Maastricht, Amesterdão e Nice, não se traduziu ainda na implementação ao nível do direito interno dos Estados-Membros.

Como já dissemos, apesar de tudo não parece haver grande vontade por parte das instituições europeias, ou dos Estados-Membros em continuar a desenvolver uma política criminal europeia nos próximos tempos. Parece que o enfoque será antes em consolidar, codificar e completar o quadro-legislativo existente. No entanto, como fizemos notar também, o crime é cada vez mais internacional e continua a ser óbvio que os Estados-Membros têm de cooperar entre si para combater o crime de forma eficiente. Tal como foi dito no considerando 5 da Decisão-Quadro sobre o

Mandado de Detenção Europeu, «(...)as relações de cooperação clássicas que até ao momento prevaleceram entre Estados-Membros devem dar lugar a um sistema de livre circulação das decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial como transitadas em julgado, no espaço comum de liberdade, de segurança e de justiça».

Esta declaração não deixa de ser paradoxal – estamos a tentar criar (o próprio Tratado de Lisboa o preconizou), uma área europeia de justiça, mas ao mesmo tempo o direito penal é um domínio excepcionalmente territorial³⁶⁵. Mais, o Tratado, nos seus artigos 67 e 82, obriga a que a União respeite os diferentes sistemas jurídicos e tradições dos Estados-Membros. É assim claro que estamos perante uma equação que é incrivelmente difícil de aplicar de forma consistente³⁶⁶.

Por estas razões, tendo em conta a sensibilidade do tema em questão e face ao panorama atual que atravessa a União Europeia hoje em dia, achamos que a criação de um direito penal da União Europeia parece estar num futuro cada vez mais distante. É necessário um compromisso de parte a parte que se chegue a este objetivo e nenhuma decisão neste domínio pode ser tomada de ânimo leve. Essencialmente, é necessário definir-se o rumo que se quer tomar. Podemos ter o objetivo de estabelecer um espaço sem fronteiras internas, quer para os cidadãos, quer para as autoridades dos Estados-Membros, mas é preciso ter orientações claras sobre como se concretiza esse espaço. Quais os princípios que vão definir o direito penal da UE? Qual é a política criminal da União? Qual seu fundamento, finalidade e legitimidade do direito penal da União Europeia?

O Tratado de Lisboa prevê os instrumentos necessários para a criação do direito penal europeu, sem concretizar claramente os objetivos desse direito. E apesar de já terem sido criados alguns instrumentos no sentido de aproximar e harmonizar a cooperação em matéria penal europeia, a verdade é que estes não se traduziram numa aplicação ou transposição no direito interno dos Estados-Membros. Também não foram feitos esforços no sentido de criar instrumentos exclusivos do direito penal da União Europeia, como seja a criação da Procuradoria Europeia.

³⁶⁵ Hans G. NILSSON, “Where should the European Union go in developing its criminal policy in the future?”, in *The European Criminal Law Associations’ Forum: EU Criminal Policy – Successor to the Stockholm Programme*, 2014

³⁶⁶ *idem*

Mas isto não quer dizer que não exista uma ordem de valores de direito penal da UE. Assim, existem ainda áreas onde a União pode e deve continuar o seu trabalho. A formação judiciária será umas dessas áreas. Apesar do Programa de Estocolmo ter proposto várias iniciativas neste contexto, houve uma proposta que nunca foi formalmente feita: a criação de um centro de formação judiciária no seio da União, à semelhança da CEPOL³⁶⁷.

Outra área será a prevenção do crime. O Tratado atribui expressamente competências à União, «(...)através de medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, através da aproximação das legislações penais».

No entanto, a União ainda não criou o Observatório de Prevenção de Criminalidade³⁶⁸ proposto pelo Programa de Estocolmo nem se conhecem outras iniciativas nesse sentido.

A União também deveria continuar os seus esforços de combate à corrupção³⁶⁹, ao branqueamento de capitais³⁷⁰ e ao crime organizado³⁷¹.

³⁶⁷ A Academia Europeia de Polícia (CEPOL) é uma agência da União Europeia destinada a proporcionar aos funcionários dos serviços de polícia oportunidades de formação e aprendizagem sobre questões essenciais para a segurança da UE e dos seus cidadãos. A sede da CEPOL está localizada em Budapeste (Hungria) desde 1 de outubro de 2014. A Academia Europeia de Polícia, enquanto agência da União Europeia, foi criada pela Decisão 2005/681/JAI do Conselho – alterada pelo Regulamento (UE) n.º 543/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho. O orçamento da agência é financiado pela União Europeia.

³⁶⁸ De acordo com o ponto 4.3.2. do Programa de Estocolmo, a Comissão deveria apresentar, o mais tardar até 2013, uma proposta relativa à criação de um Observatório de Prevenção da Criminalidade (OPC), ao qual competirá recolher, analisar e divulgar conhecimentos no domínio da criminalidade, nomeadamente organizada (incluindo dados estatísticos) e respetiva prevenção, apoiar e incentivar os Estados-Membros e as instituições da União na sua ação preventiva e proceder ao intercâmbio de boas práticas. O OPC deverá basear-se nos trabalhos desenvolvidos no âmbito da Rede Europeia de Prevenção da Criminalidade (REPC) e da avaliação que deles for feita. O Observatório, que deverá integrar ou substituir a REPC, disporá de um secretariado instalado numa agência da União já existente e funcionará como unidade distinta.

³⁶⁹ No seu relatório sobre combate à corrupção (C(2011) 3673 final), a Comissão apresenta relatos sobre os Estados-Membros, mas não apresenta quaisquer propostas relativamente ao direito penal material com vista ao combate à corrupção, apesar do acervo europeu relativo a esta matéria não estar assim tão desenvolvido. Na verdade, o quadro-legislativo sobre anticorrupção apenas contém o relatório da Comissão, a Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho de 22 de Julho de 2003 relativa ao combate à corrupção no sector privado e o relatório e o relatório sobre a implementação do diploma, o Protocolo da Convenção PIF sobre a corrupção no contexto da proteção dos interesses financeiros da União e a Convenção contra a corrupção envolvendo funcionários da União. Este enquadramento legal é insuficiente e fragmentado. Assim, por exemplo, se um juiz francês pedir uma busca noutro Estado-Membro com base no crime de tráfico de influências, ele pode não o conseguir, porque tráfico de influências não é crime no outro Estado-Membro. Isto não pode ser considerado uma área de justiça.

Por último, apesar de uma das matérias onde houve mais desenvolvimentos ser a proteção dos direitos das vítimas e os suspeitos e pessoas acusadas, ainda há muito por fazer. O próximo passo poderia ser a aproximação de *standards* relativos aos suspeitos de modo a aumentar a confiança mútua entre os cidadãos, os legisladores e as polícias.

A longo prazo, se a União quer realmente a criação de um verdadeiro direito penal da União Europeia, serão necessárias mudanças ao nível dos Tratados³⁷². A abordagem casuística e fragmentada dos artigos 82.º e 83.º, não sendo desprovidas de valor, não são ferramentas apropriadas para a criação de uma política criminal eficiente e muito menos para a criação de uma verdadeira área de justiça.

Eventualmente, a União terá que escolher em que direção pretende ir³⁷³ – ou na direção de uns “Estados Unidos da Europa” onde crimes federais coexistem com crimes de dimensão “local” (e para tal, será necessário, remover ainda mais barreiras à atuação das agências policiais e judiciárias) ou mantêm-se a situação atual, com 28 sistemas legais diferentes e uma aproximação fragmentada e passo-a-passo.

O mais certo, face ao panorama atual, será a situação manter-se, o que poderá acabar por levar ainda a mais fragmentação, a mais *opt-ins* e *opt-outs*, e mais complexidade para as polícias e juízes, em vez de um combate efetivo ao crime organizado e transfronteiriço³⁷⁴.

³⁷⁰ Apesar de este ser um dos dez eurocrimes, nos termos do artigo 83.º/1 TFUE, ainda existem alguns Estados-Membros onde lavar dinheiro que tem origem no tráfico de droga não é considerado crime.

³⁷¹ Mesmo sendo um dos eurocrimes do artigo 83.º/1 TFUE, ainda não existe uma definição clara de “criminalidade organizada”.

³⁷² Hans G. NILSSON, “Where should the European Union go in developing its criminal policy in the future?”, in *The European Criminal Law Associations’ Forum: EU Criminal Policy – Successor to the Stockholm Programme*, 2014

³⁷³ *idem*

³⁷⁴ *ibis idem*

BIBLIOGRAFIA

OBRAS, ESTUDOS E ARTIGOS:

- Ana Isabel CRUZ SOARES PINTO, *A competência do Tribunal de Justiça da União Europeia*, Tese de Doutoramento, 2014
- Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008
- André KLIP, *European Criminal Law – an integrative approach*, Intersentia (Antwerp – Oxford – Portland), 2009
- “A Manifesto on European Criminal Procedural Law”, do grupo académico *European Criminal Policy Initiative*, 2013
- “Developing a criminal justice area in the European Union”, estudo do Departamento C: Direitos dos Cidadãos e Assuntos Constitucionais da Direção-Geral de Assuntos Internos do Parlamento Europeu, 2014
- Hans G. NILSSON, “Where should the European Union go in developing its criminal policy in the future?”, in *The European Criminal Law Associations’ Forum: EU Criminal Policy – Successor to the Stockholm Programme*, 2014
- C. HARBY, N. MOLE, “The right to a fair trial – A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, in *Human rights handbooks*, No. 3, Direção Geral dos Direitos Humanos do Conselho da Europa, Estrasburgo, 2006
- J. W., DE ZWAAN, “The new governance of justice and home affairs: Towards further supranationalism”, in *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, Chapter 10, 2011
- J.R., SPENCER, “EU Criminal Law – the present and the future?”, in *A Constitutional Order of States: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, The European Criminal Law Association, 2011
- Lorenzo SALAZAR, “EU’s Criminal Policy and the Possible Contents of a New Multi-Annual Programme – from one city to another”, in *The European*

Criminal Law Associations' Forum: EU Criminal Policy – Successor to the Stockholm Programme, 2014

- M. DANE / F.A.N.J. GOUDAPPEL, “European Criminal Law”, in *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, T.M.C. Asser Press, Capítulo 10, 2011
- Manuel LOPES PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, 2012,
- Rebecka KRÖNMARK, “Limits of Mutual Recognition in Criminal Matters”, 2010
- Tony BUNYAN, “Trevi, Europol and the European state”, 1993 (in <http://www.statewatch.org/news/handbook-trevi.pdf>)
- “Towards the negotiation and adoption of the Stockholm Programme successor for the period 2015-2019”, estudo do Departamento C: Direitos dos Cidadãos e Assuntos Constitucionais da Direção-Geral de Assuntos Internos do Parlamento Europeu (2013)
- Vânia COSTA RAMOS, *Direito Penal Europeu Institucional: o quadro “pós-lisboa” – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino?*, 2010