

Débora Alexandra Almas Parente

O espaço penal europeu - entre a comunitarização e a diferenciação

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º ciclo de estudos em Direito
na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Área de especialização: Ciências Jurídico-Criminais,
Orientador: Senhor Doutor Professor José de Faria Costa

**COIMBRA
2013**

À minha mãe.

ABREVIATURAS

AA. – Autores

CE – Comunidade Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE – Comunidade Económica Europeia

ELR – European Law Review

ELSJ – Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

JAI – Justiça e Assuntos Internos

JO – Jornal Oficial das Comunidades Europeias / da União Europeia

PESC – Política Externa e de Segurança Comum

RPCC- Revista Portuguesa de Ciência Criminal

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TECE – Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TIC – Tecnologias da Informação e Comunicação

TJCE- Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

1. As ideias de “Europa a várias velocidades”, de “geometria variável” e de “Europa à *la carte*” são ideias actuais que vão sendo apresentadas como forma de solucionar a crise que a Europa atravessa. Todavia, estes conceitos tiveram na sua génese o propósito de permitir o avanço da integração na Comunidade Europeia, quando não houvesse consenso em torno de uma proposta que consubstanciasse um aprofundamento da integração naquela organização.

O espaço penal europeu¹, não obstante a fraca visibilidade pública, é um âmbito propício à discussão do tema integração europeia, quer pela natureza do ramo de direito envolvido, quer pela configuração estabelecida, pelo Tratado de Lisboa, no domínio da cooperação judiciária em matéria penal.

Desde logo, a ligação do direito penal à soberania estadual potencia a resistência dos Estados-membros em abdicar do controlo sobre os seus ordenamentos jurídico-penais. Por outro lado, o Tratado de Lisboa que é o último instrumento de conformação normativa do espaço penal europeu, modificou a configuração daquele espaço em relação aos tratados anteriores. A doutrina considerou que com aquele tratado se operou

¹ Utilizaremos as expressões direito penal *europeu* e espaço penal *europeu* no sentido restritivo de direito penal *da União Europeia* e de espaço penal *da União Europeia*. Não ignoramos o facto de na Europa existirem várias organizações internacionais com incidência no domínio penal, designadamente o Conselho da Europa, bem como a possibilidade de os Estados-membros da União Europeia poderem a qualquer momento instituir entre si e/ou com outros Estados novas entidades internacionais ou estabelecerem formas de cooperação que incidam sobre matérias cuja competência é partilhada com a União Europeia, desde que respeitem o princípio da lealdade consagrado no artigo 4.º do TUE e que muito podem contribuir para a diferenciação no domínio penal dentro do continente europeu. Simplesmente, o nosso estudo dirigir-se-á à diferenciação (e sua possível contradição com a ideia de comunitarização) na União Europeia. A utilização das denominações direito penal *europeu* e espaço penal *europeu* prende-se com o facto de ser difundido o emprego de tais expressões num sentido restritivo, isto é, enquanto sinónimo de direito penal *da União Europeia* e de espaço penal *da União Europeia*. Utilizaremos indistintamente todas as expressões referidas.

a comunitarização do espaço penal europeu, através da aplicação de várias regras que concretizam o chamado método comunitário, baseado no pensamento de Jean MONNET e que caracterizou a extinta CE(E).

A ideia de comunitarização, ligada inicialmente à aplicação da disciplina jurídica característica do método comunitário, pode, no entanto, abranger algo mais amplo como a aplicação da intenção de criar um espaço comum, em que se aplicam regras que mesmo não correspondendo às do método comunitário, concretizam a sua lógica supranacional. Deste modo, podemos falar de dois fenómenos distintos mas que se podem conjugar e completar: a comunitarização formal e a comunitarização material.

A análise que a doutrina fez do Tratado de Lisboa em relação ao espaço penal europeu apoiou-se num conceito puramente formal e pretendemos, com o nosso estudo, analisar os aspectos indicados pelos Autores para apoiar aquela ideia e outros que consideramos relevantes e em cuja base talvez possamos encontrar a intenção de criar um espaço verdadeiramente comum de direito penal, ou cujo estudo permita compreender aquilo que se empreendeu no domínio penal, sempre no âmbito europeu.

À compreensão da lógica do espaço penal da União Europeia é igualmente fundamental o estudo de alguns mecanismos que foram criados ou modificados pelo Tratado de Lisboa e que permitem a diferenciação dentro daquele espaço, indo portanto, num sentido diferente, pelo menos à primeira vista, da ideia de comunitarização.

São estes mecanismos que convocam, para o âmbito penal europeu, as ideias de “Europa a várias velocidades”, de “geometria variável” e de “Europa à *la carte*”, em que eventualmente os poderemos enquadrar, conseguindo assim, compreender qual o seu alcance e significado para a integração penal europeia. Dizemos eventualmente porque mesmo resultando na criação de, por exemplo, uma “Europa penal a várias velocidades”, poderemos concluir que estamos perante meros resquícios da lógica intergovernamental que caracterizou, desde sempre, este domínio na esfera da União Europeia.

Qualquer que seja a conclusão a que chegemos, as questões que nos propomos compreender já estão definidas: qual o significado da actual configuração do espaço penal europeu, atendendo à dita comunitarização daquele espaço, que teria sido operada com o Tratado de Lisboa, e aos mecanismos que, por outro lado, permitem a diferenciação? Teremos um espaço formalmente comunitarizado, mas materialmente intergovernamental? Um espaço formal e materialmente comunitarizado e com meros resquícios intergovernamentais? E os instrumentos e mecanismos de diferenciação, são

expressão da intergovernamentalidade ou da lógica supranacional que tem consciência da dificuldade de avançar na integração numa Europa a vinte e oito?

2. Durante o primeiro ano de Mestrado realizámos dois estudos nas disciplinas de Direito Penal e de Direito Processual Penal relacionados com o direito penal europeu (“O Tratado de Lisboa e o espaço de liberdade, segurança e justiça, em especial a harmonização do direito penal dos Estados-Membros: algumas notas” e “Da cláusula de não discriminação e da cláusula de não respeito de direitos fundamentais como motivos de não execução do mandado de detenção europeu”, respectivamente) que confirmaram o interesse e gosto pelo estudo do direito penal europeu, não só pela matéria em si mas também porque deste modo podemos aliar o estudo do direito penal ao estudo do direito da União Europeia. Estes estudos serviram de ponto de partida para algumas partes desta nossa dissertação de Mestrado.

Importa advertir para o facto de que embora o gosto pelo tema escolhido seja acompanhado pela reflexão íntima sobre a existência e a profundidade de uma eventual identidade europeia que no domínio penal possa encontrar expressão, tentaremos limitar o nosso estudo à análise da configuração estabelecida para o espaço penal europeu, ou seja, limitar o nosso estudo àquilo que é e àquilo que os Estados-membros pretenderam construir, tentando a partir daí compreender, desde logo, qual o significado daquele espaço e, em segundo lugar, o resultado que dos polos comunitarização - diferenciação pode advir. Evitaremos portanto tecer quaisquer comentários sobre a (dis)cordância com a existência de um espaço penal europeu e sobre o dever ser do mesmo, ainda que por vezes possamos recorrer aos ideais de alguns dos pensadores do tema integração europeia quando consideremos que a convicção presente nas suas palavras espelham aquilo que os Estados-membros pressupuseram para a actual configuração do espaço penal europeu.

3. A aproximação ao tema far-se-á com um capítulo único, integrado na Parte I, na qual estudaremos a evolução do espaço penal europeu até ao Tratado de Lisboa. Para tal, em primeiro lugar, observaremos o desenvolvimento daquele espaço, nele identificando os embriões da ideia de comunitarização e diferenciação. De seguida, apresentaremos, brevemente, o Tratado de Lisboa.

Na Parte II estudaremos então a contradição (que poderemos concluir ser aparente ou não) entre a ideia de comunitarização e diferenciação. Para tal, dedicaremos

um capítulo à ideia de comunitarização e outro capítulo aos mecanismos de diferenciação. No primeiro, apresentaremos de forma bastante sucinta o conceito de método comunitário (a sua origem e características) para compreender a análise que se seguirá dos aspectos que a doutrina aponta como operadores da comunitarização do espaço penal europeu, bem como as vias de construção daquele espaço, por forma a compreender o que lhes está subjacente: a criação de um espaço comum, a manutenção da individualidade dos ordenamentos jurídico-penais ou uma intenção intermédia. No segundo, começaremos pela clarificação dos conceitos “Europa a várias velocidades”, “geometria variável” e “Europa à *la carte*” que são fundamentais para compreender a análise bem como os conceitos que utilizaremos quando estudarmos o mecanismo de cooperação reforçada, as cláusulas de salvaguarda nacional e as cláusulas de *opt-out* assinadas por alguns Estados-membros. Não pretendemos fazer uma análise exaustiva do regime jurídico de todos os aspectos referidos, tão-somente o que seja necessário para compreender a sua lógica e o que realmente está envolvido na sua existência.

A partir daqui e apoiando-nos nas conclusões parciais que faremos ao longo da Parte II, concluiremos sobre qual a lógica que subjaz ao espaço penal europeu.

PARTE I

DO PASSADO AO PRESENTE

CAPÍTULO ÚNICO
UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICA AO ESPAÇO PENAL
EUROPEU

SECÇÃO I
O PASSADO

A) Introdução

Originado, em parte, pela globalização económica, é hoje inegável o fenómeno da internacionalização do direito, em especial do direito penal, não obstante as suas reconhecidas peculiaridades face a outros ramos de direito. De facto, se na génese desta realidade encontramos, por um lado, a circunstância de no pós II Guerra Mundial os Estados terem ganho consciência de que uma proteção adequada e eficaz do ser humano passava, necessariamente, por uma tutela internacional, por outro, a necessidade de abertura dos mercados também está na base da internacionalização do direito², o que interessa particularmente por ser este o motivo que, num primeiro momento, justificou que no âmbito da (então) CEE se lançassem mão do direito penal, bem como pela realidade criminógena que potenciou³.

² Apontando e desenvolvendo estes factores, bem como o terrorismo, como causas do movimento de internacionalização do direito penal, ver RODRIGUES, Anabela Miranda, *A internacionalização e a europeização do direito penal - entre a unificação e a harmonização*, in *Internacionalização do Direito no novo século*, Studia Iuridica, N.º94, Coimbra Editora, pp.225 ss..

³ “Ao nível da União Europeia, a criação de um espaço de livre circulação de pessoas, bens e serviços, sem fronteiras, constitui condição excelente para o florescimento desta nova criminalidade transnacional (...). O terrorismo, o tráfico de pessoas, de armas, de droga, de veículos, a corrupção, o branqueamento de capitais...são problemas que afectam a generalidade dos Estados Europeus”, FIDALGO, Sónia, *Direito Penal Europeu: entre uma europa securitária e uma europa solidária*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p.932.

Desde aquele momento, o modo de perspectivar o direito penal no quadro da UE modificou-se, passando a ser visto como um objectivo em si. É precisamente a jornada do espaço penal europeu que, neste primeiro capítulo, pretendemos estudar. O cunho histórico deste capítulo permitirá compreender se (e nesse caso, como) se passou da lógica intergovernamental à lógica supranacional e identificar os eventuais embriões da diferenciação que possam ter surgido ao longo dos anos.

Iniciaremos o nosso estudo com uma aproximação histórica porque consideramos que uma correcta apreensão do presente passa, necessariamente, pelo estudo do passado. Não cremos que seja possível compreender na totalidade o fenómeno que nos propusemos estudar sem antes o fazermos.

Não pretendemos estudar exaustivamente a história do espaço penal europeu, pelo que nos restringiremos, nesta secção, a breves referências aos momentos mais relevantes, no período compreendido entre a década de 70 e o chumbo referendário do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa e às tendências por eles evidenciadas.

Uma última nota para esclarecer que a utilização da expressão “espaço penal europeu” em vez de “espaço de liberdade, segurança e justiça” é propositada, uma vez que pretendemos, por um lado, englobar mais do que o espaço de liberdade, segurança e justiça (que, como veremos, só foi criado em 1997) e, por outro lado, restringir-nos, dentro deste mesmo espaço, quando tal seja possível por nos referirmos a um momento posterior a 1997, ao domínio penal.

B) Perspectiva Histórica

1. A cooperação em matéria penal entre as décadas de 70 e o Tratado de Maastricht: da ideia à positivação

1.1. Iniciada nos anos 70⁴, a cooperação policial e judiciária em matéria penal surgiu devido à consciência de que só através da cooperação se conseguiria fazer face

⁴ A bibliografia sobre a evolução da cooperação policial e judiciária em matéria penal é extensa, mas limitaremos-nos a referir as principais obras que consultámos: BAKER, Estella / HARDING, Christopher, *From Past Imperfect to Future Perfect? A Longitudinal Study of the Third Pillar*, in ELR, 2009, 34 (1), pp. 25-54; CAEIRO, Pedro, *Cooperação Judiciária na União Europeia*, consultado em www.fd.uc.pt/idpee/documentacao.html, a 15 de Março de 2012; HERLIN-KARNELL, Ester, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law, Modern Studies in European Law*, Vol. 30, Hart

ao crime transnacional e à ameaça do terrorismo que já não se cingia aos territórios nacionais. A criação de grupos informais para a cooperação, dos quais se destaca o famoso Grupo Trevi (criado em 1975 para coordenar os esforços da luta contra o terrorismo), caracterizou este primeiro período de cooperação. De referência obrigatória é também a proposta feita em 1977 por Giscard d'Estaing, Presidente francês, de construção de um espaço judiciário penal europeu comunitário, iniciativa que não foi avante pela oposição de alguns Estados-membros que ainda olhavam para a cooperação como tendo de ser feita segundo os moldes tradicionais e sobre a alçada da lógica intergovernamental do Conselho da Europa.

Na década seguinte, a cooperação ainda efectuada através dos mecanismos e instrumentos tradicionais, foi vista como condição da criação de um mercado comum. Assinado em 1986, o Acto Único Europeu erigiu como objectivo da Comunidade Económica Europeia a criação de um mercado comum, o que ao implicar a abolição dos controlos fronteiriços colocou problemas ao nível da segurança. A cooperação passou, por isso, a ser vista como uma medida compensatória para a abolição dos controlos das fronteiras no espaço da CEE, propício por exemplo à migração ilegal⁵.

Este primeiro momento na construção de um espaço penal europeu caracterizou-se, assim, por se circunscrever a uma cooperação policial e judiciária em matéria penal, cooperação essa feita através de mecanismos e instrumentos tradicionais, sob uma lógica intergovernamental. Entendida exclusivamente como uma medida compensatória para a criação de um mercado comum, à cooperação estava ligada, essencialmente, a ideia de garantir a segurança interna dos Estados-membros. Afastada de consideração estava a criação de um espaço penal europeu como objectivo em si. Os Estados-membros ainda olhavam para o direito penal como um ramo altamente ligado à sua soberania, desconfiando e rejeitando qualquer projeto que, de algum modo, lhes retirasse poder nesse âmbito e, portanto, soberania.

Publishing, pp.10 ss.; RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.2], pp.225-236; *Idem*, *O direito penal europeu emergente*, Coimbra Editora, 2008, pp. 36 ss.; e, WEYEMBERGH, Anne, *Building a european legal area: what has been achieved and what has still to be done?*, consultado em www.cicerofoundation.org/lectures/p4weyembergh.html, a 15 de Março de 2012.

⁵ Ainda na década de 80, foi celebrado o Acordo de Schengen (1985) ao que se juntou a Convenção de Aplicação daquele mesmo acordo em 1990 e que, por também consistir na supressão dos controlos fronteiriços internos, tornaram premente a necessidade de cooperar judicial e policialmente para compensar a referida abolição.

1.2. Uma nova fase foi iniciada com o Tratado de Maastricht⁶, em 1992. Substituiu-se a Comunidade Económica Europeia pela Comunidade Europeia, completada por dois pilares de lógica intergovernamental. Se, por um lado, no respeitante à CE a integração deixou de ser apenas económica para passar a ser também política, por outro, criaram-se dois pilares regidos por uma lógica diferente da comunitária por se tratar de assuntos mais sensíveis, não pretendendo os Estados ceder alguma da sua soberania: no segundo pilar, criou-se uma política externa e de segurança comum e, no terceiro, institucionalizou-se a cooperação em matéria de justiça e assuntos internos.

Destaque-se que, não obstante a atribuição de uma lógica intergovernamental⁷ ao Terceiro Pilar, a verdade é que, pela primeira vez, se institucionalizou a cooperação em matéria penal (recorde-se que até aqui esta era levada a cabo por grupos informais) - determinou-se no artigo K do Título VI que seria instituída uma cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos, referindo-se depois no artigo K. 1, alíneas 7 e 9 a cooperação judiciária em matéria penal e a cooperação policial tendo em vista a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico ilícito de droga e outras formas graves de criminalidade internacional, respectivamente.

De forma muito resumida, podemos afirmar que o período que decorreu entre 1992 e 1997 demonstrou uma vontade de autonomização face ao Conselho da Europa, à lógica intergovernamental e mecanismos e instrumentos clássicos daquele⁸, embora, na prática, os avanços não tenham sido significativos. De qualquer forma, a vontade de a nível europeu se estabelecer um espaço penal com uma identidade própria já é visível.

2. A falta de competência penal da União Europeia e da Comunidade Europeia

A colocação da cooperação em matéria penal no domínio da UE não foi inocente: por se tratar do ramo de direito que, de modo mais imediato, incorpora os valores e princípios de um Estado, os Estados-membros optaram por formalizar a

⁶ Oficialmente designado Tratado da União Europeia (JO, série C, n.º 191, 29 de Julho de 1992).

⁷ WEYEMBERGH, Anne, *cit.* [n. 4], pp. 2 e 3, refere que embora as competências atribuídas tenham sido demasiado modestas, quase inexistentes, a verdade é que se introduziram dois traços comunitários neste Terceiro Pilar através do envolvimento da Comissão e do Parlamento Europeu.

⁸ A celebração das Convenções de Extradicação de Bruxelas (1995) e Dublin (1996) foram, no que toca à extradicação, os primeiros sinais de que no seio da UE a vontade era de simplificar e facilitar a cooperação.

cooperação em matéria penal, que já vinha sendo feita, no quadro da UE, ou seja, de uma organização de carácter político que ditava meras orientações, não podendo, portanto, interferir de modo directo e imediato no ordenamento jurídico-penal dos seus Estados-membros.

Ainda que com o Tratado de Maastricht se tivesse demonstrado a vontade de instituir no seio da UE uma estrutura de cooperação em matéria penal e que com as Convenções que lhe seguiram se tenha demonstrado que aquela estrutura deveria diferenciar-se das estruturas clássicas de cooperação internacional no domínio criminal, adequando-se à maior proximidade que existia entre os Estados-membros da UE, os Estados não estavam dispostos a ir além da mera cooperação.

2.1. Segundo Paul REUTERS, as organizações internacionais são “grupos de Estados susceptíveis de manifestar de uma maneira permanente uma vontade juridicamente distinta da dos seus membros”⁹. Aquelas, consoante a estrutura jurídica adoptada e lógica subjacente, podem ser organizações internacionais intergovernamentais ou organizações internacionais de integração.

O tipo clássico de organizações internacionais caracteriza-se pelo estabelecimento de relações horizontais de coordenação entre soberanias, em que as decisões são adoptadas por unanimidade uma vez que exprimem a vontade dos Estados participantes nessa mesma organização e não uma vontade da organização. Resultado da circunstância de serem meras organizações de cooperação é o facto de estas não adoptarem actos vinculativos, mas antes recomendações cujos destinatários são os Estados e não os cidadãos destes. Às organizações internacionais deste tipo dá-se a designação de organização intergovernamental ou de cooperação.

Com aquele tipo de entidade, contrastam as organizações internacionais de integração ou supranacionais que, como o próprio elemento nominativo indica, são criadas com o intuito de estabelecer uma estrutura própria, distinta dos Estados Parte. Os seus órgãos não apresentam, por isso, obrigatoriamente uma composição geral e as suas decisões, expressão de uma vontade própria (“*transcendente e distinta* da própria

⁹ Paul Reuters *apud* GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito Comunitário*, 5.ª Edição, Almedina., p. 16.

organização internacional”¹⁰), são adoptados por maioria e são vinculativos, podendo dirigir-se, imediatamente, aos cidadãos dos Estados-membros¹¹.

Ora, a UE surgiu como uma organização intergovernamental. A sua vontade não era mais do que a vontade de todos os Estados-membros, o que explica a sua configuração inicial que corresponde àquela que descrevemos como sendo típica das organizações internacionais intergovernamentais. Com um intuito diferente foi criada a CEE. Esta organização internacional de integração¹² exprimia uma vontade própria, formal e funcionalmente distinta da dos seus Estados-membros.

Se pensarmos nas diferenças assinaladas, é fácil intuir que as matérias sob alçada de CEE eram matérias em relação às quais os Estados não temiam interferência externa [leia-se de uma organização internacional], dado estas não estarem tão ligadas à soberania estadual, o que não é o caso, por exemplo, do direito penal (domínio em que, por esse mesmo motivo, os Estados não quiseram mais do que cooperar, inserindo essa matéria no âmbito da UE e já não da CEE).

2.2. A inclusão das matérias relativas à justiça e assuntos internos na União Europeia (recorde-se que este Pilar englobava a cooperação policial e judicial em matéria penal), com o Tratado de Maastricht, não foi, tal como já tínhamos dito, mero acaso mas uma manifestação do modo como se encarava aquelas matérias.

É no contexto descrito que se foi debatendo se a UE e/ou a CE tinham competência penal ou não. A maioria da doutrina considerou que não, apresentado como principais argumentos a inexistência de uma norma que explicitamente o previsse e a circunstância de o processo de adopção dos instrumentos legislativos próprios da UE não respeitar as exigências de legitimidade democrática, próprias do direito penal (falava-se de um “défice democrático”, pela falta de participação do Parlamento Europeu). Regressaremos a este ponto na Parte II, Secção IV, ponto 2.3.1.1..

¹⁰ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.*, [n.9], p. 19.

¹¹ Na CE a ideia de que a organização pode dirigir os seus actos aos cidadãos, conferindo-lhes direitos ou obrigações que estes podem fazer valer jurisdicionalmente, manifestava-se no chamado *efeito directo* das normas – possibilidade de, em juízo, invocar normas comunitárias contra o Estado (*efeito directo vertical*) ou contra particulares (*efeito directo horizontal*). Regressaremos a este ponto.

¹² A consideração de que a Comunidade Europeia constituía uma organização internacional de integração não era consensual, embora a doutrina portuguesa, maioritariamente, integrasse aquela entidade neste tipo de organização internacional. Indicando alguns Autores, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.* [n.9], p. 23. HINAREJOS, Alicia, em *The Lisbon Treaty Versus Standing Still: a View from the Third Pillar, in European Constitutional Law Review*, pp.100 ss., 2009, afirma que o direito da Comunidade Europeia desenvolveu efeitos mais fortes que os das organizações clássicas.

3. A criação do espaço de liberdade, segurança e justiça com o Tratado de Amesterdão¹³: do alargamento e aprofundamento como mote do Tratado ao alargamento e aprofundamento da cooperação policial e judiciária em matéria penal

3.1. Previa o artigo N do Tratado de Maastricht a convocação de uma Conferência de representantes dos governos dos Estados-membros, em 1996, para analisar as disposições do Tratado, de acordo com os objectivos enunciados nos artigos A e B, designadamente o desenvolvimento de uma estreita cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos (artigo B, travessão 3) e a garantia da eficácia dos mecanismos de cooperação (artigo B, travessão 4) – o que abrangia a cooperação policial e judicial em matéria penal.

Tornar a cooperação em matéria penal eficaz era essencial uma vez que o regime jurídico instituído por Maastricht não estava a funcionar convenientemente, além de que, na sequência do fim da Guerra Fria, era necessário adaptar a União para o alargamento aos países do leste europeu, bem como a países, da Europa ocidental, que durante a guerra tivessem mantido um estatuto neutral.

Relativamente à adaptação da estrutura da União para o alargamento várias foram as posições adoptadas quanto ao rumo a seguir e é importante salientar que já aqui se foi chamando a atenção para a necessidade de flexibilizar a UE e a CE. Jonh MAJOR, primeiro-ministro do Reino Unido, sugeriu uma “Europa flexível”, “à *la carte*”¹⁴; Jean-Claude PIRIS, sob o pseudónimo de Justus Lipsius, defendeu que a adaptação da União Europeia devia centrar-se em três pontos: flexibilidade, eficiência e consistência¹⁵. A ideia de flexibilidade surgiu, deste modo, associada à consciência de que o alargamento dificultaria o avanço na *criação de uma união cada vez mais estreita*

¹³ JO, série C, n.º 340/02, de 10 de Novembro de 1997.

¹⁴ Referindo esta e outras tomadas de posição, SILVA, António Martins da, *História da Unificação Europeia – A Integração Comunitária (1945-2010)*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p.234.

¹⁵ LIPSIUS, Justus, *The 1996 Intergovernmental Conference*, ELR, Vol. 20, N.º 3, Junho 1995, pp. 243 ss.. Neste artigo, o Autor defende a sujeição de algumas matérias, nomeadamente da cooperação na luta contra o tráfico internacional de drogas, a uma das características chave da CE: a adopção dos instrumentos legislativos através de maioria qualificada, sendo neste quadro por si proposto que defendeu igualmente a possibilidade dos Estados-membros não ficarem vinculados por decisões com as quais não tivessem concordado (pp.249-250).

*entre os povos da Europa*¹⁶, tornando-se imperativo encontrar mecanismos para lidar com a nova realidade.

Flexibilização foi a resposta de muitos. Associada à ideia de flexibilidade veio a ideia de diferenciação, por vezes como consequência da flexibilização mas não como fim em si mesma, outras vezes como uma situação deliberadamente criada.

É neste momento que as ideias de “Europa a várias velocidades”, de “Europa à la carte” e de “geometria variável”, oriundas do debate em torno da integração europeia, começam a ganhar relevância. No discurso de muitos não existiu clareza conceptual, confundindo-se aquelas ideias que, na realidade, são tão distintas¹⁷.

Não interessando já desenvolver as diferenças entre tais conceitos, importa salientar que foi este o momento em que os mesmos começaram, ainda que de forma tímida, a entrar nas discussões sobre a União e embora não tenha tido reflexos práticos significativos no domínio da cooperação policial e judicial em matéria penal, é de assinalar que é precisamente a ideia de flexibilização que está na base da instituição das cooperações reforçadas, que viriam a ser instituídas com o Tratado de Amesterdão.

3.2. Uma das principais alterações do Tratado de Amesterdão foi a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, em torno do primeiro e terceiro pilares. As matérias englobadas no terceiro pilar criado em 1992 foram divididas, mantendo-se no pilar intergovernamental da UE a cooperação policial e judicial em matéria penal. O espaço de liberdade, segurança e justiça correspondia, deste modo, a um espaço cuja disciplina jurídica não era una, encontrando-se repartida pelo TCE e pelo TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão, e consequentemente sujeita, por vezes, à lógica comunitária e, por outras, à lógica intergovernamental.

Ainda que o domínio penal se tenha mantido sob alçada da UE, recusando-se a comunitarização desta área, ao contrário do que acontecera com outras matérias da JAI, as alterações introduzidas foram significativas. Repare-se: até ao Tratado de Amesterdão, os Estados apenas admitiam cooperar e coordenar os seus esforços na luta contra certas formas de criminalidade porque pretendiam manter a sua individualidade. Com aquele Tratado olhou-se para o direito penal e pretendeu-se um projecto mais

¹⁶ Expressão recorrente nos tratados relativos à União Europeia. A título de exemplo ver artigo 1.º TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão e que foi mantida pelo Tratado de Nice.

¹⁷ Permitindo através de um texto bastante leve entrar em contacto com os mencionados conceitos, STUBB, Alexander C-G, *A Categorization of Differentiated Integration*, Journal of Commom Market Studies, Vol.34, N.º 2, Junho 1996, pp. 283-295. Ver o que dirá *infra* na Parte II, Capítulo II, Secção I.

ambicioso que fosse além da cooperação. A criação de um espaço penal comum surgiu como objectivo em si mesmo, sendo a cooperação um meio de o conseguir e já não uma medida compensatória à abolição dos controlos fronteiriços. É o próprio preâmbulo do Tratado de Amesterdão que o afirma, quando no considerando 11 se refere à criação daquele espaço: “resolvidos a facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos, através da *criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça (...)*”^{18 19}.

A ligação do direito penal à soberania estadual e a própria natureza da CEE explicam que, numa primeira fase, a cooperação fosse vista como um meio ao serviço de um objectivo económico, compensando-o. Todavia, em 1997 pretendia-se algo mais: que ao lado de um espaço de abertura económica, se estabelecesse um espaço de liberdade, segurança e justiça, baseado num património axiológico comum²⁰ aos Estados-membros da UE.

Se até aqui os Estados europeus revelavam receio e desconfiança face a projectos que de alguma forma os limitasse em termos penais rejeitando-os, com Amesterdão deixa-se “de apenas cooperar para permitir a cada Estado-Membro prosseguir a sua própria política criminal (...). Tratava-se de realizar, em comum, um espaço onde os mesmos valores são defendidos, onde os nossos concidadãos usufruem em conjunto da mesma liberdade, da mesma segurança e da mesma justiça”²¹, o que não significava, no entanto, comunitarizar aquelas matérias.

É curioso verificar como, se num primeiro momento, era a ideia de manutenção da soberania que justificava a recusa de ir além da mera cooperação, num segundo momento, é exactamente a mesma ideia que está na base da aceitação de ir para além da cooperação. Temos uma mesma ideia e duas conclusões diferentes. É que “os Estados

¹⁸ Itálico nosso.

¹⁹ Na génese do espaço de liberdade, segurança e justiça esteve, sem dúvida, a cooperação que alguns países desenvolveram no quadro do Acordo e da Convenção de Schengen que consistiu na abolição dos controlos fronteiriços de pessoas, exigindo medidas compensatórias adequadas à “prevenção e combate da criminalidade”. O acervo de Schengen foi integrado na UE, regendo, salvo algumas excepções, o espaço de liberdade, segurança e justiça (Artigo 2.º do Protocolo que integra o Acervo de Schengen no âmbito da União Europeia)

²⁰ Na verdade, podemos afirmar que se criou um novo conceito de espaço. Nas palavras de RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n. 4], p. 52, “ao inscreverem no Tratado este novo conceito de *espaço*, os negociadores de Amesterdão quiseram dotar a ordem jurídica da União de um novo conceito que permitisse uma abordagem diferente do exercício da soberania penal dos Estados-membros: esta deixaria de se circunscrever aos limites dos seus territórios respectivos e deveria passar a exercer-se em comum no espaço europeu”(itálico da Autora).

²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ibidem*, p. 51.

ganharam consciência de que estavam cada vez menos em condições de afirmar a sua soberania” e isto porque “no tempo das redes e dos fluxos, não estão em condições de assegurar aos cidadãos um nível suficiente de segurança face à amplitude e à sofisticação tecnológica e financeira que mostram as organizações criminosas, num mundo em que a economia também se globalizou. Uma partilha das competências soberanas dos Estados, desde logo, ao nível da União Europeia, permite-lhes recuperar alguma da “soberania perdida”²². “A soberania da lei (...) não pode ser restaurada senão a um nível superior ao dos Estados”²³.

É neste contexto que surge a aproximação das legislações penais (também conhecida como harmonização) que mais tarde viria a ser confirmada como uma das vias de criação do direito penal europeu. Contudo, a harmonização não surgiu totalmente autonomizada, aparecendo ligada à cooperação, isto porque apareceu subordinada a esta²⁴. Na verdade, a alínea c) do artigo 31.º TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão, fazia a compatibilização das normas depender do que fosse necessário para melhorar a cooperação e a própria alínea d), a propósito da qual se falava de uma “harmonização oculta,”²⁵ fazia depender aquela da prevenção de conflitos de jurisdições. Mais: o Título VI, que continha as disposições atinentes à harmonização foi intitulado “Disposições Relativas à Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal”.

Além disso, “envoltas em espesso nevoeiro”²⁶, era como se poderia descrever as aspirações de Amesterdão para o objecto de harmonização e isto devido aos artigos 29.º, § 2 e último inciso, *in fine* e 31.º, n.º 1, alínea e). Questionava-se se se devia permitir a harmonização dos domínios referidos no artigo 29.º: criminalidade organizada, ou não, em especial o terrorismo, tráfico de seres humanos e crimes contra crianças, tráfico ilícito de drogas, de armas, corrupção e fraude, ou antes, restringir aquela via à criminalidade organizada, terrorismo e tráfico ilícito de droga, tal como referido no artigo 31.º, n. 1, alínea e).

Havia defensores de ambas as possibilidades. De um lado, quem entendia que “a prevenção e o combate à criminalidade que está em causa neste artigo [artigo 29.º] (...) não permite justificar a harmonização nestes diferentes domínios, uma vez que esta,

²² RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n. 4], p. 53.

²³ René REMOND *apud ibidem*, p. 53.

²⁴ Neste sentido, *ibidem*, p.111.

²⁵ *Ibidem*, p.112.

²⁶ Gilles de KERCHOVE *apud ibidem*, p.112.

autónoma embora em relação à cooperação, deve fazer-se “nos termos dispostos da al.e) do art. 31” (conforma reza o próprio art. 29.º). Ou seja: quanto aos domínios sobre que pode incidir, são eles os que aí estão elencados”^{27 28}.

Do outro lado, estava quem entendia, como Daniel FLORE, que a limitação operada por aquela remissão é “mais aparente do que real”²⁹. Quem sustentava esta posição apoiava-se nos instrumentos políticos que se seguiram a Amesterdão: o Plano de Acção de Viena e as Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, entendidos como elementos de interpretação do Tratado e que identificaram domínios mais alargados como passíveis de harmonização.

3.3. Uma outra novidade foi a formalização das cooperações reforçadas³⁰, também previstas (com um regime especial) para a cooperação policial e judiciária em matéria penal (artigo 40.º do TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão), justificada pela sentida “necessidade de dar resposta aos sucessivos alargamentos comunitários, na medida em que (...) corria-se seriamente o risco de bloqueios insuperáveis face à diversidade de sensibilidades dos Estados-membros”³¹, tanto maior num domínio em que se deliberava por unanimidade.

Perspectivado como mecanismo de último recurso, este pretendia permitir que alguns Estados-membros avançassem com ritmos e/ou objectivos diferentes. Não estava em causa permitir regimes diferenciados como um fim em si mesmo, mas antes permitir mais integração para quem quisesse e pudesse: tratava-se de um mecanismo diferenciador ao serviço da integração.

3.4. Até Amesterdão e devido à lógica intergovernamental do Terceiro Pilar, ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias - de acordo com o artigo K.3 (último

²⁷Anabela Miranda RODRIGUES, *cit.* [n. 4], p.113. A Autora dá-nos conta de que Pedro CAEIRO conclui no mesmo sentido.

²⁸FIDALGO, Sónia, *cit.* [n. 3], pp. 954, conclui afirmando que o Conselho adoptou Decisões-quadro em violação do Tratado, uma vez que, muitos dos seus diplomas de aproximação incriminatória e/ou sancionatória das legislações penais foram além dos domínios da criminalidade organizada, terrorismo e tráfico de droga, nomeadamente a Decisão-quadro relativa ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário.

²⁹Daniel FLORE *apud* Anabela Miranda RODRIGUES, *ibidem*, p.112.

³⁰Sobre a cooperação reforçada na vigência do Tratado de Amesterdão, EHLERMANN, Claus Dieter, *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The new provisions of the Amsterdam Treaty*, European Law Journal, 4 (3), Setembro 1998, p.247.

³¹SILVA, António Martins da, *cit.* [n.14], p. 240.

parágrafo) do Tratado de Maastricht - competia apenas a interpretação das normas e a resolução de litígios (relativos à sua aplicação), resultantes de convenções elaboradas e recomendadas aos Estados-membros pelo Conselho. De salientar que esta competência era eventual porque se encontrava dependente de disposição que expressamente a previsse.

Não criando uma situação ideal, o Tratado de Amesterdão aumentou os poderes do TJCE no âmbito da cooperação policial e judicial em matéria penal, representando um melhoramento em relação à configuração anterior. Embora continua-se a apresentar uma competência diminuta em relação àquela que apresentava no seio da CE (o que de estranho nada tinha uma vez que a UE era uma organização intergovernamental) o artigo 35.º do TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão, passava a prever as seguintes competências para aquele órgão:

- Competência prejudicial (n.ºs 1 a 4 do artigo 35.º e artigo 234.º do TCE). Determinava-se a competência para “decidir a título prejudicial da validade e a interpretação das decisões-quadro e das decisões”, bem como da “interpretação das convenções estabelecidas” no âmbito da cooperação policial e judicial em matéria penal “e sobre a validade e a interpretação das respectivas medidas de aplicação.”³² Duas notas: em primeiro lugar, tratava-se de uma competência condicionada por uma declaração dos Estados-membros³³; e, em segundo lugar, o reenvio não era obrigatório;

- Competência contenciosa (de legalidade – n.º 6) – “O Tribunal de Justiça é competente para fiscalizar a legalidade das decisões-quadro e das decisões”³⁴. Diferentemente dos § 2 e 4 do artigo 230.º do TCE, apenas tinha legitimidade para impugnar a legalidade de decisão ou decisão-quadro a Comissão e os Estados-membros, ou seja, ao Parlamento Europeu e aos cidadãos estava afastada a possibilidade de contestarem a legalidade dos actos normativos mencionados, “o que é apontado como um défice de protecção jurisdicional dos particulares no domínio penal.”^{35 36}.

³² N.º1 do artigo 35.º do TUE.

³³ Portugal aceitou a competência do TJCE, declarando que qualquer órgão jurisdicional nacional podia proceder ao reenvio, através do Decreto do P.R. n.º65/99, de 19 de Fevereiro.

³⁴ N.º6 do artigo 35.º do TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão.

³⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n. 4], p.411.

³⁶ O n.º 7 do artigo 35,º previa ainda, a competência para resolução de litígios entre Estados-membros ou entre Estados-membros e a Comissão.

3.5. Nesta fase é ainda fundamental referir o Conselho Europeu de Tampere, que se reuniu a 15 e 16 de Outubro de 1999³⁷ e se dedicou, exclusivamente, ao espaço de liberdade, segurança e justiça, dando início a uma série de programas plurianuais relacionados com aquele espaço³⁸.

As conclusões que resultaram daquela reunião extraordinária do Conselho Europeu demonstraram, mais uma vez, que se pretendia criar um espaço comum de direito penal, apontando três vias para atingir tal propósito: em primeiro lugar, a harmonização, para a criação de um direito penal europeu³⁹; em segundo lugar, a criação de estruturas policiais e judiciárias europeias para cooperarem⁴⁰; e, por último, o reconhecimento mútuo, perspectivado como verdadeira “pedra angular” da cooperação judiciária na UE⁴¹.

Autonomizou-se portanto como forma de criação do direito penal europeu, a harmonização, entendida como aproximação de legislações, ou seja, ao lado da cooperação judiciária em matéria penal passou a existir a harmonização.

Deste modo, a construção do espaço penal europeu entrou, definitivamente, com Amsterdão e Tampere, numa nova fase, numa fase em que já não interessava apenas cooperar, mas também, fundar as bases de um direito penal europeu, apoiando-se para tal no património comum de princípios e valores.

4. Do Tratado de Nice⁴² ao Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa⁴³

4.1. O Tratado de Nice não apresentou novidades significativas, sobressaindo todavia e no que interessa ao nosso estudo, duas alterações. Uma consistiu na simplificação das cooperações reforçadas, a um nível geral e no domínio específico da

³⁷ Conclusões do Conselho Europeu de Tampere disponíveis em europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm, consultado a 15 de Março de 2012. Ainda antes do Conselho Europeu de Tampere, assinala-se o Plano de Acção do Conselho e da Comissão, de 3 de Dezembro de 1998 (comumente conhecido por Plano de Acção de Viena - JO, série C, n.º19, de 23 de Janeiro de 1999) sobre a melhor forma de aplicar as disposições do Tratado de Amsterdão relativas à criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça.

³⁸ Seguiram-se: o Programa de Haia (JO, série C, n.º 53/1, de 3 de Março de 2005) e o Programa de Estocolmo (JO, série C, n.º115, de 4 de Maio de 2010).

³⁹ Conclusão n.º 37.

⁴⁰ Cfr. Conclusão n.º 46 que refere a criação da Eurojust.

⁴¹ Cfr. Conclusões n.ºs 33, 35 e 36.

⁴² JO, série C, n.º 80, de 10 de Março de 2001.

⁴³ JO, série C, n.º 310, de 16 de Dezembro de 2004.

cooperação policial e judicial em matéria penal. Na verdade, desde a formalização daquele mecanismo nenhuma cooperação reforçada havia sido criada. Com o Tratado de Nice, o mínimo de Estados necessários para constituir uma cooperação reforçada passou para oito (artigo 40.º-A do TUE, aditado por aquele tratado).

Merece destaque ao lado da simplificação das cooperações reforçadas, a referência à Eurojust no artigo 31.º, n.º2 TUE, na redacção dada pelo Tratado de Nice. Esta unidade provisória de cooperação judiciária foi criada por Decisão do Conselho, de 14 de Dezembro de 2000⁴⁴, na sequência do Conselho Europeu de Tampere que previa a criação de estruturas policiais e judiciárias europeias para cooperarem⁴⁵. A Eurojust destinava-se ao melhoramento da cooperação entre as autoridades nacionais competentes em relação às investigações e aos processos relacionados com a criminalidade grave, especialmente quando organizada, que implicassem dois ou mais Estados-membros e ao estímulo e melhoramento da coordenação das investigações e dos processos entre os Estados-membros, tendo em conta qualquer pedido proveniente de uma autoridade nacional competente e qualquer informação fornecida por um órgão competente de acordo com as disposições adoptadas no âmbito dos Tratados (artigo 2.º da Decisão do Conselho que criou esta unidade).

A previsão da Eurojust no Tratado da União Europeia e a posterior consagração desta como órgão da União Europeia, na Decisão do Conselho de 28 de Fevereiro de 2002⁴⁶, enquadrou-se na lógica integracionista dado tratar-se de um órgão da União enquanto organização distinta dos vários Estados-membros que a compõem, isto é, de um órgão supranacional que ultrapassava os Estados-membros individualmente considerados⁴⁷.

O fracasso do Tratado de Nice em dar uma resposta conveniente às questões que estiveram na sua origem, justificou que lhe fosse anexada uma Declaração relativa ao futuro da União (Declaração n.º23 respeitante ao futuro da União).

4.2. Na sequência daquela Declaração e de todo o processo que lhe seguiu, foi assinado em Roma, em Outubro de 2004, o Tratado que estabelece uma Constituição

⁴⁴ JO, série L, n.º324, de 21 de Dezembro de 2000.

⁴⁵ Cfr. conclusão n.º 46 que refere a criação da Eurojust.

⁴⁶ JO, série L, n.º63, de 6 de Março de 2002.

⁴⁷ Ainda assim, RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.4], p.79-80, alerta, na esteira de Daniel FLORE, para a natureza híbrida que este órgão reveste, atendendo à sua configuração final, de onde decorre que, em boa verdade, este órgão “oscila entre integração e semi-integração”. Ver o que se dirá sobre esta questão na Parte II, Capítulo I, Secção IV, B, ponto 2.4.1..

para a Europa⁴⁸. Foi chumbado em referendo, em Maio e Junho de 2005, na França e Holanda, respectivamente. Seguiu-se de imediato um período decretado pelo Conselho Europeu de “pausa para reflexão”⁴⁹, findo o qual já estava nas mãos da Presidência alemã encontrar uma solução para o impasse criado, o que deu origem a que no Conselho Europeu de Bruxelas fosse definido um mandato com base no qual a CIG 2007 elaborou o que viria a ser conhecido como Tratado de Lisboa⁵⁰.

Impulsionado pelo discurso de Joschka Fischer na Universidade de Humboldt, a 12 de Maio de 2000, o debate sobre a integração europeia ganhou novo folgo e o TECE apresentou, naquele contexto, uma solução que seguia as vozes mais integracionistas. A verdade é, no entanto, que as diferenças de opinião quanto ao que a Europa precisava e quanto ao que o TECE representava foram inultrapassáveis, resultando na rejeição referendária daquele Tratado.

Não sendo este o local apropriado para “desenterrar” o Tratado que os Autores foram apelidando de “morto”, alguns esclarecimentos parecem-nos essenciais uma vez que este apresentou também no domínio penal novidades significativas, representando o despontar de uma nova fase na criação de um espaço penal europeu comum. Por outro lado, ao analisarmos as redacções do TECE e do Tratado de Lisboa no que concerne àquele espaço, apercebemo-nos de que o segundo absorveu, na maioria, as soluções avançadas pelo primeiro: comparando os artigos III-257.º, n.ºs 1 e 3 e III-270.º a III-274.º do TECE com os artigos 67.º, n.ºs 1 e 3 3 82.º a 86.º do Tratado de Lisboa verificamos que estes são, em quase tudo, semelhantes àqueles; poucas diferenças há a assinalar, justificando-se pela necessidade de adaptar o texto a uma UE em alguns aspectos diferente da proposta pelo TECE.

Deste modo, o Tratado de Lisboa tem, na sua intenção de comunitarizar o espaço penal europeu, como antecedente incontornável o TECE que, por sua vez, encontra em alguns projectos que naquela fase foram sendo propostos, um claro reflexo de que, pelo menos no meio académico, havia vários defensores do avanço da integração europeia no âmbito penal. A mais importante proposta terá sido a do *Corpus Juris de disposições*

⁴⁸ Este tratado é também conhecido por Tratado Constitucional, denominação que também utilizaremos.

⁴⁹ Analisando os possíveis significados do impacto dos referendos francês e holandês, BÚRCA, Gráinne de, *The European Constitution Project after the referenda*, consultado em https://www.um.edu.mt/__data/assets/pdf_file/0006/40965/deburca_constitution_after_referenda.pdf, a 29 de Março de 2013.

⁵⁰ JO, série C, n.º 306, de 17 de Dezembro de 2007.

penais para a protecção dos interesses financeiros da UE⁵¹, que embora fosse oficialmente da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu, se baseou numa série de estudos realizados, por penalistas de várias nacionalidades, sobre a protecção penal dos interesses financeiros das Comunidades, ao longo da década de 90 do século XX. De acordo com o seu plano de acção 2001-2003, a Comissão Europeia adoptou, posteriormente, um Livro Verde sobre a protecção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu⁵², com a intenção de clarificar a sua proposta de um *Corpus Juris*. Esclarecia a Comissão que não se pretendia “criar um sistema penal comunitário completo e autónomo”, mas antes, criar um Procurador Europeu com competência “limitada dentro do mínimo necessário à repressão eficaz e equivalente das actividades ilegais lesivas dos interesses financeiros comunitários em todo o território das Comunidades Europeias (artigo 280.º CE) ”⁵³. Não é, todavia, possível ignorar que se trataria de um órgão da União enquanto entidade internacional paralela aos seus Estados-membros.

A vontade de avançar na integração europeia no âmbito do direito penal esteve, sem dúvida presente no início do novo milénio, fosse como mero meio de garantir, por exemplo, a protecção efectiva, dissuasora e equivalente em todos os Estados-membros dos interesses financeiros da Comunidade, fosse como fim em si mesma.

A Declaração de Laeken sobre o Futuro da União Europeia⁵⁴ permitia que o Praesidium da Convenção consultasse peritos sobre qualquer questão técnica, podendo para tal criar grupos de trabalho *ad hoc*, tendo sido nesta qualidade que foi criado o Grupo X para tratar o espaço de liberdade, segurança e justiça, cujas recomendações foram, na generalidade, integradas no TECE.

⁵¹ Uma análise desta e de outras propostas em DIAS, Augusto Silva, *De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário*, in RPCC, Ano 14 (2004), pp. 305-323; e, TIEDEMANN, Klaus, *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea* (tradução de Manuel Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia, p. 13.

⁵² Disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0715pt01.pdf, consultado a 12 de Janeiro de 2013.

⁵³ Livro verde sobre a protecção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu, disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0715pt01.pdf, consultado a 12 de Janeiro de 2013, pp.26 e 21.

⁵⁴ Declaração de Laeken sobre o Futuro da União Europeia disponível em http://www.europarl.europa.eu/summits/pdf/lae2_pt.pdf, consultado a 11 de Junho de 2013 (ver Anexo 1, ponto III, Métodos de Trabalho).

No relatório final⁵⁵ ⁵⁶ daquele Grupo de Trabalho afirmou-se que não obstante algumas divergências de opinião, foi possível atingir um grau de consenso considerável, centrando-se o relatório nos pontos em relação aos quais houve consenso. Desde logo, recomendou-se a criação de um só quadro jurídico onde fossem integradas todas as disposições relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça, chegando ao fim a estrutura em pilares⁵⁷, na sequência aliás do que já era reconhecido no próprio Mandato do Grupo X⁵⁸, sem com isso aplicar a todas as matérias a mesma disciplina jurídica, conjugando-se, para tal, “elementos do método comunitário com mecanismos que possibilitem (...) a coordenação reforçada (...) por forma a ter em conta as características específicas dos domínios policial e do direito penal”⁵⁹.

Um outro ponto em que se considerou essencial uma reforma foram os instrumentos jurídicos do Terceiro Pilar, tendo sido recomendada a sua substituição por regulamentos, directivas e decisões ou seus sucessores.

A necessidade de definir com maior clareza a competência da União neste domínio, a consagração formal do princípio do reconhecimento mútuo e a aproximação do direito penal substantivo, através de directivas ou seu sucessor foram igualmente referidos. Em resposta ao ponto 3 do Mandato do Grupo X, defendeu-se a necessidade de basear a aproximação do direito penal substantivo num critério de gravidade e de dimensão transfronteiriça ou na circunstância de o crime em questão já ser objecto de uma política comum da União. Como alternativa, propôs-se a enumeração taxativa dos tipos de crime de dimensão transnacional (determinados de acordo com a sua gravidade

⁵⁵ Relatório final do Grupo de Trabalho sobre o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (GrupoX) disponível em <http://european-convention.eu.int/pdf/reg/pt/02/cv00/cv00426.pt02.pdf>, consultado a 5 de Julho de 2013.

⁵⁶ Sobre o que se segue PIÇARRA, Nuno, *O espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: unificação e aprofundamento*, O Direito, Ano 137.º, 2005. IV-V, pp.985 ss..

⁵⁷A estrutura em pilares era, pela generalidade da doutrina, criticada. Não admira, por isso, que a maioria das contribuições para o debate do Grupo X defendesse o fim do sistema de pilares. Assim, por exemplo a contribuição de António VITORINO, *Towards a Single Treaty for the delivery of the Area of Freedom, Security and Justice*, disponível em <http://european-convention.eu.int/docs/wd10/4924.pdf>, consultado a 5 de Julho de 2013, p.6. Em sentido oposto, foi a contribuição de Timothy KIRKHOPE que defendeu a manutenção da estrutura em pilares por considerar que aquela garantia que o domínio da justiça e dos assuntos internos continuava a ser objecto de negociação intergovernamental e não supranacional, reconhecendo, todavia, que estava em minoria (Contribuição de Timothy KIRKHOPE, *Cooperation not Centralisation*, disponível em <http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00419.en02.pdf>, consultado a 5 de Julho de 2013).

⁵⁸ Mandato do Grupo de Trabalho sobre Liberdade, Segurança e Justiça (Grupo X) disponível em <http://european-convention.eu.int/pdf/reg/en/02/cv00/cv00258.en02.pdf>, consultado a 5 de Julho de 2013.

⁵⁹ Relatório final do Grupo de Trabalho sobre o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (GrupoX), p.3.

e carácter transfronteiriço) e a inclusão de uma disposição que possibilitasse ao Conselho, deliberando por unanimidade, alterar aquela listagem.

Partindo da crítica ao artigo 31.º TUE, nas redacções de Amesterdão e de Nice, no que respeita à aproximação do direito penal adjectivo, sugeriu-se a aprovação de “regras comuns sobre aspectos *específicos* do processo penal, na medida em que tais regras digam respeito a procedimentos com implicações transnacionais e se afigurem necessárias para assegurar a plena aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais ou para garantir a eficácia dos instrumentos comuns de cooperação policial e judiciária criados pela União”⁶⁰.

Recomendou-se a transformação do procedimento de co-decisão em procedimento legislativo-padrão, bem como a extensão do âmbito de aplicação da votação por maioria qualificada, uma vez que, o futuro alargamento a novos Estados-membros tornou urgente a adaptação do processo decisório da cooperação em matéria penal, que era regido pela unanimidade. Sensível às particularidades do direito penal, o Grupo X considerou que em alguns aspectos a votação por unanimidade deveria ser mantida, nomeadamente na aproximação do direito penal substantivo.

Um aspecto relevante a que o Mandato do Grupo X fez expressa referência (ponto 2, § 4) e a que o relatório final daquele grupo de trabalho não deu resposta, por considerar se tratar de uma questão geral, foi a das cláusulas de *opt in* e de *opt out*, previstas para o Título IV do TCE e para o acervo de Schengen.

4.3. Como dissemos, o TECE seguiu a maioria das recomendações apresentadas pelo Grupo X, embora não o tenha feito em relação à não generalização do método comunitário. Na verdade, o TECE estendia o método comunitário a todas as matérias relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça, reunidas num só capítulo (Capítulo IV, Título III da Parte III), estando pela primeira vez, pelo menos à primeira vista, o espaço penal europeu sujeito à lógica supranacional comunitária. Deu-se assim, um passo em frente já que não só a regra passou a ser a aplicação dos elementos que outrora concretizavam a lógica comunitária, como através dessa mesma aplicação, sobretudo no que respeita à deliberação por maioria qualificada, se possibilitava a criação de um espaço penal verdadeiramente comum da União Europeia que reflectia a vontade própria daquela organização internacional e já não um mero resultado da vontade de

⁶⁰Relatório final do Grupo de Trabalho sobre o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (Grupo X), p.11 (itálico do original).

cada Estado individualmente considerado. Se é verdade que o afastamento da unanimidade do processo decisório foi justificado pela necessidade de adaptar a União a um maior número de Estados-membros e pelo reconhecimento de que, mesmo antes daquele alargamento, a unanimidade dificultava a adopção de novos instrumentos, também é verdade que o alargamento do âmbito de aplicação da votação por maioria qualificada apenas seria possível se os Estados-membros se sentissem menos reticentes em enquadrar a cooperação em matéria penal numa organização de carácter supranacional.

Ainda do ponto de vista do processo decisório, generalizou-se o procedimento de co-decisão, tornado assim em procedimento legislativo padrão. Por outro lado, criou-se um só único sistema de fontes de direito (a lei europeia, a lei-quadro europeia, o regulamento europeu, a decisão europeia, as recomendações e os pareceres – artigo I-33.º).

O extenso Tratado Constitucional que se dividia em quatro Partes, previa no artigo I-42.º, n.º1 da Parte I as “condições de possibilidade”⁶¹ do espaço de liberdade, segurança e justiça, correspondentes aos eixos apontadas em Tampere para a criação daquele espaço, ou seja: a aproximação das legislações dos Estados-membros; a promoção da confiança mútua; e, a cooperação operacional entre as autoridades competentes dos Estados-membros.

No Título III da Parte III do Tratado (Políticas e Funcionamento da União), o Capítulo IV tratava do espaço de liberdade, segurança e justiça. Tomando em consideração as críticas que vinham sendo feitas à estrutura em pilares e as indicações dadas pelo Grupo X, juntaram-se num só capítulo as disposições que constituíam o regime jurídico do espaço de liberdade, segurança e justiça, iniciando com uma secção de disposições gerais, onde se destacava a referência, logo no artigo III-257.º, n.º1, ao respeito pelos “diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-membros”. A Secção 4 dispunha o regime jurídico do espaço penal europeu e foi intitulada de *cooperação judiciária em matéria penal*. Se, por um lado, a sistematização adoptada era melhor em relação à anterior divisão do regime jurídico do espaço de liberdade, segurança e justiça pelo TUE e pelo TCE, por outro, no que respeita ao domínio penal, a opção feita foi criticada, designadamente por Nuno PIÇARRA que considerou “altamente criticável persistir em não tratar o tema da aproximação/harmonização dos

⁶¹ A expressão é de PIÇARRA, Nuno, *cit.* [n.56], p. 995.

direitos penais dos Estados-membros numa secção autónoma do Capítulo IV, continuando a incluí-lo e a dissolvê-lo na (...) cooperação judiciária em matéria penal”⁶². A harmonização era tratada em dois artigos: a harmonização de elementos do direito processual penal no artigo III-270.º e harmonização do direito penal substantivo no artigo III-271.º.

Por outro lado, eram previstas cláusulas de salvaguarda ou de “reserva nacional”⁶³ que permitiam que um Estado-membro submetesse ao Conselho Europeu o projecto de uma lei-quadro europeia sempre que considerasse que a mesma prejudicava “aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal” (artigos III-270.º, n.º3 e III-271.º, n.º3). Na sequência do accionamento das referidas cláusulas poderia originar-se uma cooperação reforçada.

No sentido da diferenciação foram ainda alguns Protocolos anexos ao Tratado, nomeadamente o Protocolo n.º17 relativo ao acervo de Schengen integrado no âmbito da União Europeia, que garantia que o Reino Unido e a Irlanda continuavam a não estar vinculados ao acervo de Schengen; e o Protocolo n.º20, relativo à posição da Dinamarca, que estabelecia um regime de *opt-out* em relação a todo o capítulo do espaço de liberdade, segurança e justiça⁶⁴.

4.4 O TECE foi, no entanto, chumbado e após dois anos de reflexão, foi convocada uma conferência intergovernamental com a tarefa de rever os Tratados. No plano do espaço de liberdade, segurança e justiça o mandato da CIG mantinha, na maioria, as soluções apontadas pela CIG 2004, responsável pelo texto final do TECE.

Ainda assim, as alterações propostas foram significativas: expande-se o âmbito de aplicação da cooperação reforçada e alarga-se o âmbito de aplicação do Protocolo sobre a posição do Reino Unido e da Irlanda de 1997, de modo a que pelo menos o

⁶² PIÇARRA, Nuno, *cit.* [n.56], p. 996. O Autor explica que “sendo manifesto que a aproximação dos direitos penais dos Estados-Membros se apresenta em boa parte como distinta e autónoma em relação àquela forma de cooperação judiciária, tanto mais que aponta (...) para a tipificação e punição de “crimes contra a União”, a opção do Tratado Constitucional não pode deixar de ser incongruente com o disposto no artigo III-257.º, onde se enumeram (...) seus elementos estruturantes”, nomeadamente a aproximação das legislações penais. Mais, o Autor considerou que a expressão “se necessário” presente no artigo III-257.º, n.º3 foi “uma imprecisão porventura decorrente de compromissos negociais” (p.997, nota 46).

⁶³ COSTA, Jorge Alves, *Constituição Europeia e cooperação judiciária em matéria penal: uma leitura breve*, O Direito, Ano 137.º, 2005. IV-V, p.741.

⁶⁴ Afirma PIÇARRA, Nuno, *ibidem*, p. 1008 que se pode concluir “que o Tratado Constitucional continua a configurar o ELSJ como um espaço de geometria variável, a qual acaba mesmo por acentuar”.

Reino Unido dispusesse de uma cláusula de *opt out* em relação à cooperação judiciária em matéria penal.

SECÇÃO II

O PRESENTE - UMA BREVE APRESENTAÇÃO

DO TRATADO DE LISBOA ⁶⁵

A) Introdução

Estudámos na primeira secção a evolução da cooperação judicial em matéria penal no quadro da UE e a aproximação das legislações penais dos Estados-membros por influência do direito daquela organização internacional, até ao momento em que a entrada numa nova fase foi impossibilitada pelo resultado negativo de dois referendos relativos ao Tratado Constitucional. Pretendemos com isso compreender o surgimento de alguns dos elementos que integram o actual regime jurídico do espaço penal europeu, disciplinados pelo Tratado da União Europeia e pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa.

O Tratado de Lisboa, em especial, o espaço de liberdade, segurança e justiça, é o resultado da conjugação de vários elementos, nomeadamente do Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, do Tratado que Estabelece uma

⁶⁵ A doutrina sobre o que segue é vasta. Na doutrina portuguesa ver, entre outros, MARTINS, Ana Maria Guerra, *Ensaios sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011, pp.127-141; MESQUITA, Maria José Rangel de, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2010, pp.29-47; *Idem*, *Sobre o mandato da Conferência Intergovernamental definido pelo Conselho Europeu de Bruxelas: é o Tratado de Lisboa um novo tratado?*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Vol. I, Almedina, 2008, pp. 551-575; e, PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *O Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, Janeiro 2012. Na doutrina estrangeira, essencial a consulta de de CRAIG, PAUL, *The Treaty of Lisbon: process, architecture and substance*, consultado em http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CFIQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.sweetandmaxwell.co.uk%2Fcatalogue%2Fdownloaddoc.aspx%3Fsapmaterialnum%3D7216%26productid%3D501%26filename%3D501_2009170_95118.pdf%26fileserver%3DEPIC&ei=f_KFULOoH4-N0wXp_IGABQ&usg=AFQjCNEnsi8yRLHzqJ-N6ChahKmkeSMWUg, a 12 de Outubro de 2012; ver também, HERLIN-KARNELL, Ester, *cit.* [n.4], pp.223-234; JACQUÉS, Jean-Paul, *Du Traité Constitutionnel au Traité de Lisbonne (Tableau d'une négociation)*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, N.º 3, 2008, pp. 822-831; OBERDORFF, Henri, *Le Traité de Lisbonne: une sortie de crise pour l'Union européenne ou plus?*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, N.º 3, 2008, pp. 774-786; e, ZILLER, Jacques, *O Tratado de Lisboa* (tradução de *Les nouveaux traités européens: Lisbonne et après*), Texto Editores, 2010.

Constituição para a Europa e da Conferência Intergovernamental de 2007⁶⁶. Assim sendo, as significativas modificações introduzidas na ordem jurídica da União, como é o caso do fim da Comunidade Europeia e a aplicação da lógica comunitária ao espaço de liberdade, segurança e justiça que deram lugar ao que os Autores chamam de “comunitarização” daquele espaço, não correspondem a verdadeiras novidades: são-no apenas no sentido em que, pela primeira vez, são positivadas, no entanto correspondem ao culminar, no plano do direito a constituir, de linhas de pensamento defendidas durante anos e que encontraram acolhimento nas instituições comunitárias muito antes do Tratado de Lisboa ser sequer imaginado.

Apesar do exposto, o Tratado de Lisboa apresentou, na sequência da CIG 2007, alguns desenvolvimentos no domínio penal em relação à configuração proposta no TECE, desenvolvimentos esses que vão no sentido da diferenciação no espaço penal europeu.

Esta secção apresentará o Tratado de Lisboa, determinando os denominadores comuns entre este e o TECE, bem como os elementos inovadores (e originais, repita-se) introduzidos, centrando-nos sempre no âmbito penal.

B) Os antecedentes

1. Aprovado a 13 de Dezembro de 2007, e em vigência desde 1 de Dezembro de 2009, o Tratado de Lisboa⁶⁷ caracteriza-se por ser um tratado de reforma institucional e de reorganização das várias políticas comunitárias, entre as quais o espaço de liberdade, segurança e justiça, erigido, com o Tratado de Amesterdão, em objectivo da União Europeia.

As suas disposições constituem o resultado de vários elementos (o Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, o Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa e a Conferência Intergovernamental de 2007).

2. O resultado negativo dos referendos realizados, na França e na Holanda, determinou em conjunto com a posição adoptada, na sua sequência, pelos Estados-

⁶⁶ Actafinal da CIG disponível em <http://www.consilium.europa.eu/igcpdf/pt/07/cg00/cg00015.pt07.pdf>, consultada a 18 de Junho de 2013.

⁶⁷ O Tratado é composto pelo Tratado da União Europeia, pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, por trinta e sete protocolos e sessenta e cinco declarações.

membros, a não ratificação do TECE, ficando sem resposta a Declaração respeitante ao futuro da União, anexa ao Tratado de Nice.

Após dois anos de pausa para reflexão, o Conselho Europeu de Bruxelas, de 21 e 22 de Junho de 2007, decidiu convocar uma Conferência Intergovernamental para rever os Tratados (para a União sair do impasse vivido desde 2005 ou, na expressão de Jacques ZILLER, “sair (...) do pântano em que caíra”⁶⁸) e definiu o mandato⁶⁹ com base no qual aquela CIG deveria, antes do final de 2007, elaborar um *Tratado Reformador*⁷⁰. A responsável pela redacção do projecto foi a Presidência portuguesa, que apresentou a primeira versão logo a 24 de Julho e uma segunda versão a 5 de Outubro, ou seja, todo o processo foi brevíssimo, o que permite intuir já sobre o conteúdo do Tratado de Lisboa, em comparação com o conteúdo do TECE. Ainda assim, uma análise aturada daqueles conteúdos foi e é essencial para, com propriedade, se poder afirmar que aquele é ou não um novo Tratado. Maria José Rangel de MESQUITA formula a questão do seguinte modo: “o *Tratado de Lisboa* faz tábua rasa do TECE ou, pelo contrário, retoma-o e, nesse caso, em que medida – ou com que modificações? Por outras palavras, é o *Tratado de Lisboa* um verdadeiro *novo* Tratado (...) ou é uma mera reformulação de cosmética política (...) do TECE?”^{71 72}.

Como observação genérica, determinava o mandato que o “Tratado Reformador virá introduzir nos actuais Tratados – que continuarão em vigor – as inovações resultantes da CIG 2004 [responsável pelo texto do TECE] ”⁷³, isto é, que o conteúdo inovatório proposto pela CIG 2004 seria reutilizado. Paralelamente estipulava-se um conjunto de vinte e quatro modificações relativamente aos resultados da CIG 2004.

Nos capítulos da cooperação judiciária em matéria penal e da cooperação policial, tal como resultavam das alterações acordadas na CIG 2004, seria “inserido um novo mecanismo que permita a alguns Estados-Membros ir mais além na adopção de medidas neste domínio, dando simultaneamente aos demais a possibilidade de o não fazerem”; e o âmbito material do Protocolo sobre a posição do Reino Unido e da Irlanda

⁶⁸ ZILLER, Jacques, *cit.* [n.65], *passim*.

⁶⁹ Mandato da CIG 2007 disponível em <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/07/st11/st11218.pt07.pdf>, consultado a 18 de Junho e 2013.

⁷⁰ Considerando que as expressões “*traité modificatif*” e “*reforming treaty*” caracterizam mais fielmente o Tratado de Lisboa, MESQUITA, Maria José Rangel de, *cit.* [n.65 (2.º)], p. 552, nota 6.

⁷¹ MESQUITA, Maria José Rangel de, *ibidem*, pp. 553-554 (itálicos da Autora).

⁷² Questão diferente é saber se o Tratado de Lisboa representa uma nova fase na evolução do espaço penal europeu.

⁷³ Ver Mandato da CIG 2007, ponto I,1 e 4.

de 1997 seria alargado “por forma a incluir, em relação ao Reino Unido e nos mesmos termos, os Capítulos sobre a cooperação judiciária em matéria penal e sobre a cooperação policial”, podendo ainda passar a englobar as “medidas com base em Schengen e (...) alterações a medidas vigentes”⁷⁴. O anexo 2 ao mandato relativo às alterações por comparação com os resultados acordados na CIG 2004, concretizava no n.º2, alíneas c) e d) as modificações acima mencionadas.

C) Principais Novidades

Não obstante a importância que o espaço de liberdade, segurança e justiça tem para a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, a verdade é que as inovações neste domínio não tiveram o protagonismo devido e adequado⁷⁵. Por isso, e porque é naquele espaço que se enquadra o nosso tema, importa analisar aquelas inovações mas cingir-nos-emos à análise das novidades que consideramos relevantes para o nosso estudo.

Na sequência das indicações do mandato da CIG 2007, surgiu o Tratado de Lisboa que consistiu num Tratado modificativo do Tratado da União Europeia e do Tratado da Comunidade Europeia, doravante intitulado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Como o nome indica passou a existir uma só organização internacional, a quem foi atribuída personalidade jurídica (artigo 47.º TUE): a União Europeia, regulada pelo TUE e TFUE, tratados com o mesmo valor jurídico.

Chegou assim ao fim a Comunidade Europeia. Todavia, a sua lógica e elementos concretizadores persistiram, sendo interiorizados pela União, tal como consagrado no artigo 1.º, §3 TUE.

Em consequência do desaparecimento da Comunidade Europeia e da absorção por parte da União do método comunitário, desapareceu, pelo menos formalmente, a estrutura em pilares criada pelo Tratado de Maastricht. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia versa na Parte III sobre as políticas comuns da União, sendo nele inserido um título relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça que, por sua vez, é constituído por vários capítulos: o primeiro (artigos 67.º a 76.º), com

⁷⁴ Ver Mandato da CIG 2007, ponto 19, alínea l.

⁷⁵ Neste sentido, MARTINS, Ana Maria Guerra, *cit.* [n.65], p. 47 e ÁLVARES, Pedro, *Compreender o Tratado de Lisboa*, Cadernos INA Papers, 35, Oeiras, 2007, p.100. Na verdade, parece que a falta de interesse por estas matérias não é recente, assim BAKER, Estella / HARDING, Christopher, *cit.* [n.4], pp. 25-54 referem que as matérias do antigo Terceiro Pilar foram objecto de pouca atenção.

disposições gerais; o segundo, epigrafado “políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração “ (artigos 77.º a 80.º); o terceiro, sobre cooperação judiciária em matéria civil (artigo 81.º); o quarto, referente à cooperação judiciária em matéria penal (artigos 82.º a 86.º); e, por último, um capítulo que trata de cooperação policial (artigos 87.º a 89.º)⁷⁶.

Em relação ao quarto capítulo, é a concretização da estipulação feita pelo mandato de serem transferidas para o TFUE as disposições do antigo Terceiro Pilar, o que significa que “la expansión del método Comunitario, y en general de los instrumentos propios de la gobernanza Comunitaria, no sólo (...) sino también a los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal”^{77 78} que, até aqui, eram regidos pela lógica intergovernamental característica da União Europeia, na sua antiga configuração.

Decorrente da comunitarização foi generalizadamente aplicado, a todo o domínio penal, o procedimento de co-decisão e a votação por maioria qualificada. Tal como o TECE, o Tratado de Lisboa não optou pela proposta do Grupo X de manter a unanimidade em relação a certas matérias, como no caso da aproximação do direito penal substantivo dos Estados-membros. A regra passou então a ser a da maioria qualificada. Também esta regra teve (e tem) a sua excepção, nomeadamente a manutenção da unanimidade nos processos decisórios relativos à base jurídica de instituição de uma Procuradoria Europeia (artigo 86.º, n.º1 TFUE).

Igualmente decorrente da comunitarização das matérias do Terceiro Pilar, o espaço penal europeu passou a dispor dos mesmos instrumentos que são previstos para a União, isto é foi criado um quadro único de fontes de direito, chegando ao fim a distinção entre actos típicos da UE (posições-comuns, decisões-quadro, decisões e decisões de execução) e actos típicos da CE (regulamentos, directivas e decisões). “La heterogeneidad y complejidad jurídica producto de la actual dualidad institucional propia de aspectos relativos a la Libertad, Seguridad y Justicia (...) pasará así a la historia”⁷⁹. Neste ponto, embora seja adoptada uma terminologia diferente da do TECE,

⁷⁶ No Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa esta mesma divisão era adoptada (Capítulo IV do Título III).

⁷⁷ CARRERA, Sergio / GEYER, Florian, *El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º29, Ano 12, Janeiro/Abril 2008, p. 137.

⁷⁸ Também MESQUITA, Maria José Rangel de, considera que “tal significa a “comunitarização” do terceiro pilar, com (quase) todas as consequências” – *cit.* [n.68 (2.º)], p. 560.

⁷⁹ CARRERA, Sergio / GEYER, Florian, *ibidem*, p. 139.

os efeitos práticos dos instrumentos previstos no domínio da cooperação judiciária penal no Tratado Constitucional e no Tratado de Lisboa são os mesmos. A União passa a exercer as suas competências através de regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres (artigo 288.º, n.º1 TFUE).

Por outro lado, não foram previstas quaisquer regras específicas relativamente à legitimidade para impugnar a legalidade de actos normativos ou de subordinação da competência do Tribunal de Justiça da União Europeia para conhecer de questões, a título prejudicial, de uma declaração dos Estados-membros. Há que esclarecer, no entanto, que a jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia continua na prática limitada. Em primeiro lugar, por força do artigo 5.º do Protocolo n.º36 relativo às disposições transitórias, o Tribunal de Justiça só adquirirá plena competência após cinco anos, aplicando-se entretanto o regime estabelecido no TUE, na redacção anterior ao Tratado de Lisboa. Em segundo lugar, pelo preceituado no artigo 276.º TFUE: “o Tribunal de Justiça da União Europeia não é competente para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas 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”.

Os elementos que vão no sentido da diferenciação também sofreram algumas modificações relevantes.

Desde logo, em vez de integrar o texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no TUE, tal como tinha feito o TECE, apenas é feita referência a ela num artigo, opção por muitos criticada⁸⁰. Não é todavia esta questão que queremos abordar e destacar, antes a circunstância de existir um Protocolo relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido, cujo articulado pode constituir um regime de *opt-out*.

O mecanismo da cooperação reforçada é simplificado e o seu âmbito de aplicação expandido, passando nomeadamente a englobar a instituição de uma Procuradoria Europeia para combate às infracções lesivas dos interesses financeiros da União (artigo 86.º, n.º1, § 3). Ao lado destas modificações, o mandato da CIG 2007 e, em consequência, o Tratado de Lisboa ao concretizar o mandato da CIG 2004 que se referia a um terço dos Estados-membros como limiar mínimo para a instituição de uma

⁸⁰ A título de exemplo, MESQUITA, Maria José Rangel de, *cit.* [n.65 (2.º)], p. 561.

cooperação reforçada, refere “nove” Estados-membros. Ora, se numa Europa a vinte e sete, um terço corresponde, de facto, a nove Estados, numa União com mais membros, não corresponde. Estamos já hoje numa Europa a vinte e oito e aquela expressão vai traduzir-se na facilitação progressiva das cooperações reforçadas.

D) Conclusão: *nothing new under the sun*⁸¹

Com a Secção I observámos, em primeiro lugar, como de uma fase inicial em que apenas se cooperava (mantendo-se isoladas as políticas criminais dos Estados-membros) se passou para a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça que se tornou num dos objectivos da União Europeia, ousando ainda que para a sua construção se aproximassem legislações nacionais e, finalmente, num passado não muito afastado, a proposta, com o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, de absorção pela UE, agora integracionista, do espaço penal europeu aplicando-lhe a lógica comunitária.

Em segundo lugar, com a Secção II percebemos que o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa, correspondem no essencial ao TECE, o que permitiu que a ideia de comunitarização continue a permear o espaço penal da União Europeia. Simultaneamente, foram introduzidas pequenas modificações mas com grande relevância, desde logo porque a maioria daquelas novidades se relaciona com a simplificação ou a extensão de mecanismos de diferenciação.

A tensão entre a comunitarização e a diferenciação é uma realidade actual e agora que concluímos, com este capítulo, a fase de aproximação ao nosso tema, encontramos preparados para estudar desenvolvidamente os aspectos que consubstanciam aquela tensão.

Com aquele propósito, na Parte II estudaremos os elementos presentes no Tratado de Lisboa que concretizam a aplicação da lógica e disciplina jurídica comunitária e os elementos que apontam no sentido da diferenciação.

⁸¹ Referência ao título de um dos artigos de Ester Herlin-Karnell: “*The Lisbon Treaty and the Criminal Law: Anything New Under the Sun?*”. Naquele artigo, relativo ao Tratado de Lisboa, a Autora questiona se aquele Tratado corresponde a algo de novo. Embora a nossa resposta signifique apenas que não consideramos que o Tratado de Lisboa represente algo de novo em relação ao TECE e não, que não consideramos que aquele Tratado não representa algo de novo (parece-nos que a interrogação da Autora ia neste sentido mais amplo), julgamos que a pergunta e resposta também aqui fazem sentido. Com o mesmo título, ver HERLIN-KARNELL, Ester, *cit.* [n.4], pp.223-234.

PARTE II

O ESPAÇO PENAL EUROPEU

- ENTRE A COMUNITARIZAÇÃO E A DIFERENCIAÇÃO

CAPÍTULO I

OS ELEMENTOS DE COMUNITARIZAÇÃO

SECÇÃO I

O MÉTODO COMUNITÁRIO E A COMUNITARIZAÇÃO

A) O método comunitário

Inspirado no pensamento de Jean MONNET, a designação “método comunitário” refere-se à estrutura orgânica criada, pelos Tratados de Roma, para a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica, a 25 de Março de 1957⁸². A arquitectura institucional criada era um compromisso entre o modelo supranacional ou federal e o modelo intergovernamental ou de cooperação e consistia na seguinte distribuição de poderes pelo seu «triângulo institucional»:

- Uma Comissão – órgão de cariz supranacional, que representava o interesse europeu, *rectius*, comunitário. Os seus poderes eram: direito de iniciativa legislativa (exclusivo para as directivas e regulamentos); a execução das decisões; ser a *guardiã* dos Tratados; formular recomendações ou pareceres; e, elaborar o relatório anual;
- Um Conselho de Ministros – órgão de representação dos governos mas que deveria agir para a prossecução de objectivos comuns. Este órgão coordenava e definia as políticas comuns e aprovava, por maioria qualificada, as propostas legislativas provenientes da Comissão (também poderia modifica-las ou rejeitá-las, mas teria de ser por unanimidade);
- Uma Assembleia Parlamentar – órgão constituído por delegados parlamentares, nomeados pelos parlamentos nacionais, pelo que, representavam os povos dos Estados-membros. As suas competências eram fundamentalmente consultivas e de controlo.

Ao lado deste «triângulo institucional» criou-se um Tribunal de Justiça.

⁸² Cfr. SILVA, António Martins da, *cit.* [n.14], p.108 ss..

Esta estrutura perdurou, no essencial, até aos dias de hoje e ao longo da evolução da já extinta CE a expressão “comunitarização” foi sendo aplicada para referir o processo de aplicação daquela estrutura institucional e do sistema normativo que a acompanha a alguma política que anteriormente estivesse sujeita a outra concepção e regime jurídico - por exemplo, quando algumas matérias do antigo Terceiro Pilar foram, pelo Tratado de Amesterdão, colocadas no Tratado da Comunidade Europeia, considerou-se que essas matérias tinham sido “comunitarizadas”.

A ideia de “comunitarização” do domínio penal europeu não é recente, remontando à proposta feita pela presidência holandesa, em Setembro de 1991⁸³, de aplicação do direito comunitário à política externa e de segurança comum e à justiça e assuntos internos, que, como sabemos, foram em 1992 com o Tratado de Maastricht, colocados sob a alçada da lógica intergovernamental da União Europeia.

B) A comunitarização formal e a comunitarização material

Tal como utilizada na doutrina, a expressão “comunitarização” refere a sujeição de uma qualquer política à disciplina jurídica comunitária. Dizer que uma certa política foi “comunitarizada” significa portanto que a essa política passou a ser aplicável a disciplina jurídica da extinta CE e que consubstanciava o chamado método comunitário. Trata-se, por isso, de um conceito baseado numa asserção puramente formal.

No entanto, a expressão “comunitarização” pode, a nosso ver, ser entendida de outra forma. A ideia de “comunitarizar” pode bem servir para exprimir o processo de tornar alguma coisa comum. É certo que quando Jean MONNET criticava a cooperação intergovernamental e defendia uma *federação ocidental*⁸⁴, estava precisamente em causa a criação de um espaço comum. Todavia, se é verdade que o método comunitário que concretizou o seu pensamento, através da mão do segundo comité SPAAK se

⁸³ MAJONE, Giandomenico, *The common sense of European integration*, Journal of European Public Policy, 13:5, Agosto 2006, pp.607-626, consultado em http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic107326.files/F_Eurosceptism/Majone.pdf, a 29 de Março de 2013, p.614, considera que esta malograda proposta assinalou o início do declínio do método comunitário.

⁸⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.* [n.9], p.24. Em Alger, em 1943, afirmava Jean MONNET que “*não haverá paz na Europa se os Estados se reconstruírem numa base de soberania nacional... Os países da Europa são demasiado pequenos para assegurarem aos seus povos a prosperidade e o desenvolvimento social indispensáveis. Isto pressuõe que os estados da Europa se formem numa federação ou criem uma «identidade europeia» que os transformará numa unidade económica comum*” (*apud Jean Monnet: uma mensagem para a Europa, A Europa: o nosso futuro, fascículo n.º9/88 do Dossier da Europa, p.5*).

dirigia à criação de uma entidade com uma ordem jurídica própria que se distinguisse dos Estados-membros individual ou colectivamente considerados, ou seja, que criava algo além dos Estados mas que simultaneamente representava algo que lhes era comum, também é certo que esse mesmo método comunitário não corresponde ao único modo através do qual é possível criar algo comum. Por isso mesmo, quando falamos em “comunitarização” podemos ter em mente apenas a ideia de criar ou tornar algo comum e não a ideia, mais concreta, de aplicar a algum domínio o regime jurídico em que o método comunitário se concretizou.

Clemens LADENBURGER considera que “the term “communitarisation” is not entirely precise, given that the Treaty of Lisbon will replace the Community with the Union and introduce (...) further reforms to the Community method. We nonetheless use the term here since there is not yet a better one to characterise the extension of the classic mode of functioning of the Community”⁸⁵. Como explicámos consideramos todavia que podemos empregar as denominações “comunitarizar” e “comunitarização” com 1) um sentido amplo, que englobe qualquer processo que almeje a criação de algo comum; 2) e/ou com um sentido restritivo, que corresponde ao sentido com que a doutrina o utiliza (e que é o objecto de consideração que transcrevemos de LADENBURGER), em que nos refiramos apenas ao método comunitário, como um dos possíveis meios de atingir aquele objectivo.

Pressupondo este entendimento, analisaremos os elementos que a doutrina aponta como concretizadores da comunitarização do espaço de liberdade, segurança e justiça (e, em consequência, do espaço penal europeu), tentando compreender se está em causa apenas a comunitarização formal e/ou a comunitarização material. Estudaremos igualmente os eixos de construção daquele espaço com o intuito de compreender se se pretende criar um espaço comum, para depois com base nas conclusões que tirarmos estar aptos a, no decurso do capítulo relativo aos mecanismos de diferenciação, compreender se há ou não contradição entre estes dois polos.

⁸⁵ LADENBURGER, Clemens, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon*, European Constitutional Law Review, Vol. 4 (1), Fevereiro 2008, p.5.

SECÇÃO II

PROCEDIMENTO DE DECISÃO E FONTES DE DIREITO NO ESPAÇO PENAL EUROPEU

A) Procedimento Decisório

1. A generalização do processo legislativo ordinário: o culminar de uma progressiva confortabilização dos Estados-membros em abdicar do controlo total dos seus ordenamentos jurídico-penais

O primeiro artigo do Tratado da União Europeia, na sua actual redacção, consagra que “a União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia”. O que conduziu, nas palavras por nós já transcritas à “expansión del método Comunitario, y en general de los instrumentos próprios de la gobernanza Comunitaria, no sólo (...) sino también a los ámbitos de la cooperación policial y judicial en matéria penal”⁸⁶ que até aqui eram regidos pela lógica intergovernamental característica da União Europeia.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é um tratado que discorre a disciplina jurídica geral e específica de (quase⁸⁷) todas as políticas da UE.

Desde logo, em termos de regime jurídico geral, estabelece-se um processo legislativo ordinário, previsto nos artigos 289.º, n.º 1 e 294.º que consiste na adopção, através de uma deliberação conjunta do Conselho e do Parlamento Europeu⁸⁸, de um regulamento, de uma directiva ou de uma decisão.

⁸⁶ CARRERA, Sergio / GEYER, Florian, *cit.* [n.77], p. 137.

⁸⁷ Uma das matérias que não passou para o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia foi a política externa e de segurança comum e que até ao Tratado de Lisboa consistia no Segundo Pilar. A subtracção desta matéria ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia parece ter um significado claro: não se quis aí aplicar a lógica comunitária. Referindo isso mesmo, MARTINS, Ana Maria Guerra, *cit.* [n.65], p.44-45.

⁸⁸ Durante muito tempo, o Parlamento Europeu apresentou uma competência diminuta quer na CE quer na UE, o que deu origem à questão do chamado *défice democrático*, expressão cunhada por David Marquand em 1979 (referência em TRECHSEL, Alexander H., *How to federalize the European Union...and why bother*, *Journal of European Public Policy* 12 (3), p.403) que consistia na consideração

Em princípio, a proposta partirá da Comissão, contudo de acordo com o n.º4 do artigo 289.º os Tratados podem atribuir o direito de iniciativa a um grupo de Estados-membros, ao Parlamento Europeu ou ainda permitir a adopção de actos legislativos recomendados pelo Banco Central Europeu ou na sequência de um pedido do Tribunal de Justiça ou do Banco Europeu de Investimento. Na sequência daquela faculdade, o artigo 76.º prevê que os actos relativos à cooperação judiciária em matéria penal e à cooperação policial e as medidas a que se refere o artigo 74.º, quando assegurem a cooperação administrativa naqueles domínios, podem ser adoptadas sob proposta da Comissão e por iniciativa de um quarto dos Estados-membros.

O processo legislativo de co-decisão aplica-se a todas as matérias do espaço de liberdade, segurança e justiça. Encontram-se ao longo de todo o Título V da Parte III do TFUE preceitos que referem a adopção de medidas segundo aquele processo⁸⁹, mas o mais impressionante (e que nos interessa) é a aplicação deste processo à cooperação judiciária em matéria penal, tal como referido nos artigos 82.º, n.ºs 2 e 3, 83.º, n.ºs 1 e 2, 84.º, 85.º, n.º 1 §2.

Tratando-se de matérias tão sensíveis, a tentação sempre foi a de exigir unanimidade, fugindo a um processo legislativo de carácter integracionista em que os Estados pudessem ficar vinculados a um diploma com o qual não concordavam. Se atentarmos no artigo 34.º, n.º 2 do TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão, verificamos precisamente que se exigia que o Conselho deliberasse por unanimidade, por iniciativa da Comissão ou de um Estado-membro, a adopção de posições-comuns, de decisões-quadro, de decisões e a elaboração de convenções bem como a recomendação da sua adopção aos Estados-membros.

O direito penal é considerado um ramo de direito ligado à soberania do Estado, o que fica patente no conceito que FIGUEIREDO DIAS dá de direito penal subjetivo: “poder punitivo *do Estado resultante da sua soberana competência* para considerar

de que faltava às normas comunitárias e da União legitimação, uma vez que no processo decisório que antecedia a sua adopção o Parlamento pouca intervenção tinha. No domínio da cooperação policial e judiciária penal, o Parlamento apenas dava o seu parecer.

Diferentemente, no regime actual, como veremos, segundo o artigo 294.º TFUE, o processo legislativo ordinário da União Europeia consiste num processo de decisão conjunta entre o Parlamento Europeu e o Conselho, partilhando estes dois órgãos poderes idênticos. De acordo com os artigos 82.º, n.ºs 2 e 3, 83.º, n.ºs 1 e 2, 84.º, 85.º, n.º 1 §2, 87.º, n.º 2 e 88.º, n.º 2 TFUE, este procedimento deliberativo também se aplica no campo da harmonização e da cooperação judiciária e policial em matéria penal. Parece, por conseguinte, que a questão do défice democrático deixa de fazer sentido.

⁸⁹ Veja-se, a título de exemplo, logo no Capítulo 2 “políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração”, os artigos 77.º, n.º 2, 78.º, n.º 2 e 79.º, n.º 2.

como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas”⁹⁰. Este ponto de vista, explica, em primeiro lugar, que durante muito tempo a construção de um sistema penal europeu tenha sido afastada pelos Estados-membros da União Europeia. Em segundo lugar, é essencial para se compreender o porquê de os Estados-membros terem recorrido à inserção da cooperação policial e judiciária em matéria penal na União (em vez de na Comunidade Europeia), o porquê de no seio daquela terem optado pela unanimidade enquanto requisito das deliberações do Conselho e ainda as próprias características dos actos jurídicos adoptados naquele domínio, em especial a criação das decisões-quadro às quais expressamente se atribuiu a função de determinar o resultado a atingir, deixando para os Estados-membros liberdade de escolha relativamente aos meios e à forma de o atingir, bem como a expressa exclusão do efeito directo.

Nas palavras de Klaus TIEDEMANN “es que el Derecho penal expresa de modo más intenso que otras materias jurídicas la soberanía nacional, soberanía a la que sólo se renuncia con disgusto, aunque esta renuncia sea meramente parcial, y de este modo (...) el Derecho penal se presenta como Derecho político, que muestra una vinculación especialmente fuerte a la tradición y a la conciencia de determinados valores.”⁹¹

De forma progressiva, os Estados-membros foram ficando mais confortáveis com a ideia de aceitar orientações e soluções de conteúdo penal originárias da UE, mesmo existindo a possibilidade de com elas não concordarem. Recuemos um pouco para mostrar que ainda antes do Tratado de Lisboa os Estados-membros já se sentiam mais confortáveis em abdicar, parcialmente, do controlo sobre o domínio penal, sentimento muito provavelmente partilhado pelos cidadãos europeus.

Não obstante a cooperação (policial e) judiciária em matéria penal sempre ter tido pouca visibilidade, Jacques ZILLER considera que o atraso no desenvolvimento e a

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime* – Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 6 (itálico nosso). Refira-se, todavia, que logo de seguida o Autor destaca precisamente, que “o valor heurístico do conceito de direito penal subjetivo é diminuto e, nomeadamente por força do apelo ao poder “soberano” do Estado, pode tornar-se equívoco, ao apontar para uma competência irrestrita do legislador (...). Reconhece-se hoje, na verdade, haver **limites** materialmente impostos e juridicamente consagrados ao poder de criminalização do legislador, ainda que formalmente legitimado” (negrito do Autor) o que logo nos remete para o *ius puniendi* negativo de que a UE dispõe.

⁹¹TIEDEMANN, Klaus, *cit.* [n.51], pp.7-8 (tradução de Manuel Cancio Meliá). Também FIDALGO, Sónia, *cit.* [n.3], p.931 refere que “o direito de punir é a marca mais visível da soberania nacional: o direito penal assume-se como expressão dos valores e da cultura jurídica de um povo e o direito processual penal, encontrando-se intimamente ligado ao direito constitucional, desempenha uma importante função de garantia dos direitos dos cidadãos”.

falta de eficácia da actividade levada a cabo nas matérias agrupadas sobre o espaço de liberdade, segurança e justiça “é provavelmente uma das razões do desencanto dos cidadãos em relação ao projecto europeu”⁹², uma vez que “as sondagens de opinião demonstram que os cidadãos dos Estados-membros esperam da União uma protecção nas áreas de maior impacto na vida quotidiana, quando a acção isolada dos seus governos não é evidentemente suficiente, como, por exemplo, no domínio da criminalidade transfronteiriça”⁹³.

Por outro lado, em torno do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, que foi o primeiro tratado a apresentar a ideia de um processo legislativo ordinário que se aplicasse já às disposições de conteúdo penal emanadas pela União Europeia⁹⁴, surgiu rapidamente um consenso entre os Estados-membros⁹⁵.

Além disso, não deixa de ser curioso que naquela fase o Reino Unido e a Irlanda não tenham logo exigido a extensão do âmbito material do Protocolo sobre a posição do Reino Unido e da Irlanda de 1997, de forma a abranger as Secções sobre a cooperação judiciária em matéria penal e sobre a cooperação policial. É que em relação à configuração dada ao processo decisório, não há diferenças entre a proposta feita, em 2004, pelo Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa e o Tratado de Lisboa o que nos permite inferir que já ali, em 2004, pelo menos a classe política dos Estados-membros estava disposta a avançar e a aplicar o processo de co-decisão ao Terceiro Pilar. Até mesmo o Reino Unido, conhecido por ser um dos Estados mais reticentes no avanço da integração europeia, concordou e, na altura, sem quaisquer exigências adicionais embora não possamos esquecer que já naquele momento o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa previa cláusulas de salvaguarda nacional ou na expressão inglesa “emergency brakes” (garantias de que não lhes seria aplicado qualquer acto com o qual não concordassem se invocassem que a proposta de acto prejudicava aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal).

⁹²ZILLER, Jacques, *cit.* [n.65], p.34.

⁹³ *Ibidem*, pp.33-34.

⁹⁴ Recorde-se o que se disse, na Parte I, Secção I, ponto 4.2: embora a recomendação genérica do Grupo X tenha sido a de transformar o procedimento de co-decisão em procedimento legislativo-padrão, bem como, o alargamento do âmbito de aplicação da votação por maioria qualificada, considerou-se devido às particularidades do direito penal, que em alguns aspectos a votação por unanimidade deveria ser mantida, nomeadamente na aproximação do direito penal substantivo. Todavia, o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa foi ainda mais longe, não seguindo sequer aquela última sugestão.

⁹⁵ Referindo este facto e indicando uma possível explicação, BÚRCA, Gráinne de, *cit.* [n.49], p.206.

2. A regra da maioria qualificada

A regra era, até 2009, no âmbito penal a de um processo decisório em que o Conselho era o órgão legiferante por excelência e que deliberava por unanimidade. No fundo, era a intergovernamentalidade levada ao extremo, no processo de formação da vontade da UE no domínio penal: o órgão central era um órgão de composição e representação estadual e a regra deliberativa era a unanimidade. Deste modo, garantia-se que todos os actos adoptados naquele sector, tão próximo da soberania estadual, seriam actos com os quais todos os Estados-membros concordavam ou, pelo menos, com os quais não discordavam (a abstenção não impedia as deliberações por unanimidade).

O avanço da integração europeia parece no entanto exigir o afastamento da unanimidade enquanto regra deliberativa sob pena de a União Europeia ficar impossibilitada de evoluir, o que explica que o âmbito de aplicação da maioria qualificada tenha vindo a ser progressivamente expandido.

Seguindo esta linha de raciocínio e de desenvolvimento estabelece o artigo 16.º, n.º3 do TUE que o “Conselho delibera por maioria qualificada⁹⁶, salvo disposição em contrário”, não havendo qualquer previsão que estabeleça uma regra deliberativa diferente para as deliberações no domínio da cooperação judiciária penal. A regra é agora a da maioria qualificada.

Todavia, como qualquer regra também esta tem as suas excepções: uma relativa às cláusulas de salvaguarda nacional; outra relativa à extensão das áreas em que a legislação penal europeia pode incidir; e, finalmente, uma relacionada com a Procuradoria Europeia. Desde logo, os artigos 82.º, n.º3 e 83.º, n.º3 TFUE estipulam que quando um Estado-membro considere que um projecto de directiva prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal o pode submeter ao Conselho Europeu que terá de tomar uma decisão consensual. Em segundo lugar, prevê o artigo 82.º, n.º2, d) TFUE que o catálogo de aspectos do processo penal em que a UE pode estabelecer

⁹⁶ Não estudaremos as regras de concretização da maioria qualificada, ainda assim sobre o tema SIEBERSON, Stephen C., *Inching Toward EU Supranationalism? Qualified Majority Voting and Unanimity Under the Treaty of Lisbon*, consultado em <http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol150/issue4/VJIL-50.4-Sieberson.pdf>, a 12 de Outubro de 2012; CAMPOS, João Mota de/ CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Europeu - O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª Edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Março 2010, pp.103-108 e MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Outubro, 2010, pp.139-140.

regras mínimas pode ser alargado através de decisão do Conselho, deliberando por unanimidade. No mesmo sentido, vai o artigo 83.º, n.º1, §3 TFUE que, através daquela mesma regra decisória, permite a identificação de domínios de criminalidade não presentes na lista do §2 do mesmo artigo. Em último lugar, exige-se unanimidade nos processos decisórios relativos à base jurídica de instituição de uma Procuradoria Europeia (artigo 86.º, n.º1 TFUE)⁹⁷.

O facto de o Conselho deliberar por maioria qualificada é importante do ponto de vista formal mas também do ponto de vista material. O Conselho é um órgão de composição estadual que representa os interesses dos Estados-membros e o facto de decidir por maioria qualificada representa “um passo significativo no sentido da supranacionalidade da UE, com uma substancial limitação da soberania dos Estados”⁹⁸. É que não obstante ser um órgão “composto por um representante de cada Estado-Membro” (artigo 16.º, n.º 2 TUE) e que “responde ao conceito tradicional de órgão intergovernamental de carácter representativo, o que equivale a dizer que os seus membros participam nas deliberações na qualidade de *representantes dos Estados-Membros*”⁹⁹, facto que é patente nas deliberações por unanimidade, “o Conselho não é apenas (...) um centro de (...) concertação de interesses nacionais (...): é, verdadeiramente, uma Instituição da União Europeia um ponto de convergência de vontades nacionais distintas mas animadas de um objectivo comum (...) ainda que, por vezes, com o sacrifício dos interesses imediatos de algum ou alguns dos países-membros. Esta natureza de órgão da União avulta (...) *sempre que não está sujeito à regra da unanimidade (...)*”¹⁰⁰.

Assim, o facto de na cooperação judiciária em matéria penal o Conselho deliberar por maioria representa uma comunitarização, pelo menos relativamente àquele aspecto, formal e material. Não só se aplica a regra comum para as políticas da União Europeia como essa mesma regra é uma manifestação de que em relação às políticas a adoptar pelos Estados-membros está em causa a edificação de um projecto comum no

⁹⁷ SIEBERSON, Stephen C., cit. [n.96], pp.948-951, identifica duas limitações significativas: a competência atribuída no artigo 68.º TFUE de definir as orientações estratégicas da programação legislativa e operacional no espaço de liberdade, segurança e justiça (aliás já prevista no artigo III-258.º TECE), nos termos do artigo 15.º, n.º4 TUE; e as especificidades previstas em cada uma das matérias que compõem o espaço de liberdade, segurança e justiça e que, na cooperação policial e judiciária penal se traduz na previsão de “travões de emergência” que “blunts the impact of additional QMV” (cit, p.951).

⁹⁸ MACHADO, Jónatas E. M., cit. [n.96], pp.137-138.

⁹⁹ CAMPOS, João Mota de/ CAMPOS, João Luiz Mota de, cit. [n.96], p.95 (itálico dos Autores).

¹⁰⁰ CAMPOS, João Mota de/ CAMPOS, João Luiz Mota de, *ibidem*, p.96 (itálico dos Autores).

âmbito penal, mesmo que em detrimento do interesse de cada um dos Estados individualmente considerados.

B) Fontes de Direito

A criação, pelo Tratado de Lisboa, de um único quadro jurídico de fontes de direito que se aplicam também à cooperação judiciária em matéria penal foi outros dos pontos apontados pela doutrina como tendo feito parte do processo de comunitarização do espaço penal europeu. A União exerce actualmente as suas competências através de regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres (artigo 288.º, n.º1 TFUE) - este catálogo corresponde ao previsto no artigo 249.º do Tratado da Comunidade Europeia: é mais uma das materializações do assumir pela UE do património da CE (também as definições apresentadas naqueles preceitos são, no essencial, iguais).

Um outro motivo faz com que a análise das características dos principais actos utilizados na cooperação judiciária em matéria penal seja relevante: a configuração específica que lhes foi atribuída é um reflexo da intenção subjacente aos domínios em que se recorre a cada uma delas.

1. A directiva

A directiva assume na aproximação das legislações penais um papel central. Nos termos do artigo 288.º, §3 TFUE, a directiva “vincula o Estados-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”, de onde resulta este ser o instrumento preferencial para a harmonização das legislações dos Estados-membros.

Na verdade, a definição de directiva apresentada pelo artigo 288.º, §3 TFUE corresponde, quase na totalidade, à definição de decisão-quadro dada pelo artigo 34.º, n.º2, b) TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão, faltando apenas a exclusão expressa do efeito directo. Na verdade, a decisão-quadro derivou das directivas (na sua formulação original) embora se tivesse pretendido excluir o efeito directo daquelas. Há uma coincidência nas duas principais características: a determinação do resultado a

atingir e a liberdade de meios e forma. Diferenciavam-se pela organização no âmbito da qual eram adoptadas e pelo efeito directo^{101 102 103}.

¹⁰¹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.* [n.9], p.292, concluía dizendo que as decisões-quadro são actos “vinculativos mas só geram direitos na esfera jurídica dos particulares se e quando os Estados membros os implementarem nacionalmente”.

¹⁰² Considerado uma das principais características e originalidades do direito comunitário, o efeito directo foi afirmado pela primeira vez de forma genérica no Acórdão *Van Gend en Loos*, cujo 50.º aniversário foi recentemente celebrado pelo Tribunal de Justiça. Aquele Tribunal reconheceu que «a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais. Por conseguinte, o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-membros, tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que entram na sua esfera jurídica. Tais direitos nascem não só quando é feita uma atribuição expressa pelo Tratado, mas também como contrapartida de obrigações impostas pelo Tratado de forma bem definida, quer aos particulares quer aos Estados-membros quer às instituições comunitárias.» (Acórdão *Van Gend en Loos*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:PT:PDF>, consultado a 12 de Junho de 2013, pp.4-5).

Entretanto, o efeito directo foi reconhecido também em relação ao direito comunitário derivado – regulamentos, directivas e decisões. Quanto às directivas o Tribunal de Justiça efectuou, no entanto, uma clarificação, distinguindo entre efeito directo *vertical* e efeito directo *horizontal*. Diferentemente das restantes fontes de direito comunitário, as directivas não eram (aliás, continuam a não ser) obrigatórias em todos os seus elementos. Com efeito, as directivas estabelecem meros objectivos, deixando aos Estados a escolha do modo como os querem atingir, o que “supõe a possibilidade de diferenciações normativas do regime jurídico a estabelecer nacionalmente” (GORJÃO-HENRIQUES, *ibidem*, p.279). A impossibilidade de conformação normativa de outro tipo de normas comunitárias permitia que estas pudessem ser invocadas, pelos cidadãos, contra o Estado – efeito vertical (ascendente) - ou contra outros cidadãos – efeito directo horizontal.

Sobre o efeito directo nas directivas, o Tribunal de Justiça afirmou no acórdão *Van Duyn*, de 4 de Dezembro de 1974, que «*seria incompatível com o efeito obrigatório que o artigo 189.º reconhece às directivas excluir em princípio que as obrigações por elas impostas possam ser invocadas pelos interessados. Nomeadamente nos casos em que as autoridades comunitárias impuseram aos Estados-membros, mediante directivas, a obrigação de adoptarem uma determinada conduta, o efeito útil de tais actos ver-se-ia diminuído se os particulares fossem impedidos de os invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais e se estes não pudessem tê-los em consideração como elementos do direito comunitário*», concluindo, que «*Directiva (...) confere aos particulares direitos que estes podem invocar em juízo e que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar*» (Acórdão *Van Duyn*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61974CJ0041:PT:PDF>, consultado a 12 de Junho de 2013, pp.4-5). Estava, assim, consagrado o efeito directo vertical para as directivas, ou seja, o direito a invocar, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, uma directiva contra o Estado, o que constituía “uma garantia mínima” (GORJÃO-HENRIQUES, *ibidem*, p.318) de que, em caso de incumprimento por parte do Estado-membro, este não beneficiará do seu incumprimento.

Esta mesma linha de pensamento foi, posteriormente, reafirmada pela jurisprudência. Contudo, a exclusão do efeito directo horizontal das directivas não é consensualmente aceite (indicando vários Autores que defendem o reconhecimento de efeito directo horizontal às directivas, GORJÃO-HENRIQUES, *ibidem*], p.282, nota 2, §2).

¹⁰³ Naquele contexto, afirmava Pedro CAEIRO que “não é líquido se a negação de efeito directo prevista no Tratado [de Amesterdão] valerá também para o chamado *efeito directo nas relações verticais* que, em caso de não transposição atempada de uma directiva com um conteúdo claro e preciso, permite que os particulares se oponham à aplicação do direito nacional que com ela conflitue por parte do Estado transgressor” (CAEIRO, Pedro, *cit.* [n.4], p. 7 (itálicos do Autor)).

Com o estabelecimento de um só quadro de fontes de direito chega ao fim a distinção entre directivas e decisões-quadro e por conseguinte a necessidade de saber se em relação às decisões-quadro também o efeito directo vertical é admitido.

Retoma-se em relação às directivas a tradicional definição: acto que “vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias comunitárias a competência quanto à forma e aos meios” (artigo 288.º, §3 TFUE).

Não nos parece que esteja em causa “tirar com uma mão o que os Estados-membros deram com a outra”¹⁰⁴. Simplesmente, manteve-se uma das formas que permite aos Estados-membros manter um certo controlo sobre as soluções que concretamente passam a vigorar no seu ordenamento jurídico-penal. Assim como a decisão-quadro, também a directiva (que aliás é, como vimos, o acto do qual deriva a própria decisão-quadro) permite que os Estados gozem de um certo grau de liberdade quanto às soluções concretas que, na sequência de um resultado fixado por uma directiva, introduzam no seu ordenamento jurídico.

Em suma, o nome dado àquele que é um dos principais instrumentos utilizados na cooperação judiciária em matéria penal mudou, mas o seu núcleo central não. Ainda assim, parece agora claro que, pelo menos, em relação ao efeito directo houve uma alteração significativa: em relação às directivas mantêm-se o efeito directo vertical e estando este instrumento ao alcance das instituições da União para a cooperação judiciária em matéria penal, os particulares passam a poder invocar, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, as disposições (“suficientemente *claras e incondicionadas*”¹⁰⁵) das directivas que naquele domínio sejam adoptadas.

No fundo, estamos perante um jogo entre a margem de conformação normativa que as directivas permitem aos Estados-membros e que possibilita a criação de um sistema penal europeu que se centra em objectivos iguais, mas cujas soluções concretas podem variar de país para país e o efeito directo vertical que permite já aos particulares reivindicar direitos que lhes sejam reconhecidos por normas da União, mas em relação às quais os Estados-membros estejam numa situação de incumprimento, por não as terem transposto ou o terem feito incorrectamente.

¹⁰⁴ Referência à ideia de MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu – De “Roma” a “Lisboa”*: subsídios para a sua legitimação, Quid Juris, 2009, p. 212.

¹⁰⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.* [n.9], p.317 (itálico do Autor).

Por um lado, garante-se que não é ao nível da União que são adoptadas as soluções concretas que vigorarão, ou seja, que caberá ao Estado destinatário, “segundo as formas jurídicas constitucionalmente previstas no direito interno e usando os meios que lhe pareçam mais apropriados, dar cumprimento à obrigação de resultado que lhe seja imposta pela directiva”¹⁰⁶, mas por outro, garante-se um mecanismo através do qual se salvaguarda que os cidadãos europeus beneficiarão dos direitos criados/reconhecidos, ainda que genericamente, bem como a efectividade do direito da UE.

Quanto ao efeito directo horizontal, isto é, à possibilidade de um particular invocar, em juízo, uma directiva perante outro particular, parece-nos que tal não faria sentido em relação à cooperação judiciária em matéria penal. Apesar de o facto de o efeito directo horizontal ser recusado às directivas ser criticado, no domínio penal não faria sentido aquela atribuição. O direito penal é um ramo de supra-infra ordenação, em que os actores são o agente e o Estado. De fora fica o próprio ofendido, não obstante a recente evolução do direito penal que cada vez mais releva as vítimas. Além disso, o crime é uma criação jurídica de tutela de bens jurídicos, não um direito de um particular ofendido contra o particular ofensor. Não faria pois, sentido reconhecer a um particular o direito de invocar uma norma comunitária contra outro particular, quando é ao Estado, através dos Tribunais, que compete administrar a justiça penal que, como vimos, não corresponde a *um* direito de *um* particular em específico.

2. O regulamento

No domínio da cooperação judiciária em matéria penal os regulamentos também assumem relevo.

O artigo 288.º, §2 TFUE define o regulamento como um acto com carácter geral, obrigatórios em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-membros e os artigos 85.º, n.º1, §2 e 86.º, n.º1 TFUE fazem-lhe expressa referência: no primeiro caso, estabelecesse-se que o Parlamento Europeu e o Conselho deverão estabelecer a estrutura, o funcionamento, o domínio de acção e as funções da Eurojust através de regulamento, adoptado de acordo com o processo legislativo ordinário; no

¹⁰⁶ CAMPOS, João Mota de/ CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional – A Ordem Jurídica – O Ordenamento Económico da União Europeia*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.376 (itálico dos Autores).

segundo caso, determina-se que a instituição de uma Procuradoria Europeia deverá ser feita por meio de regulamento adoptado pelo Conselho, através de um processo legislativo especial. Por outro lado, o §2 do n.º1 do artigo 82.º não especifica quais os instrumentos que deverão ser utilizados para alcançar os fins elencados, pelo que será de assumir que também aqui os regulamentos são uma opção.

Em relação às directivas, dissemos tratar-se de um instrumento indicado e indicável para a aproximação das legislações penais, por se tratar de uma actividade em que os Estados-membros necessitam de uma margem de conformação normativa, até porque o que se pretende é a aproximação das legislações internas e porque nos encontramos no domínio penal cujas peculiaridades exigem aquela mesma liberdade de adequação dos objectivos da União à realidade e cultura internas. Agora, constatámos que o regulamento é o instrumento indicado pelo TFUE quando se trata de estabelecer o regime jurídico da Eurojust e de instituir a Procuradoria Europeia.

O regulamento caracteriza-se por três aspectos essenciais: a) o carácter geral; b) a obrigatoriedade de todos os seus elementos; c) e a aplicabilidade directa em todos os Estados-membros¹⁰⁷.

A generalidade traduz-se na circunstância de o regulamento se impor à generalidade dos destinatários em si identificados ou que preencham as condições definidas no regulamento ou à generalidade dos comportamentos que permita, obrigue ou proíba. De seguida, o regulamento é investido de carácter obrigatório em todos os seus elementos, ou seja, tudo o que seja estatuído por um regulamento é obrigatório para aqueles a quem se dirige, não se verificando qualquer espaço de liberdade. Do regime descrito decorre que “o carácter *geral e obrigatório* do regulamento é expressão de um poder normativo perfeito que permite (...) impor (...) a observância da totalidade das disposições desse acto (...) a todos (...) sujeitos à jurisdição comunitária”¹⁰⁸. Finalmente, o regulamento é directamente aplicável o que significa que não carece de um acto de transposição para os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros - basta a sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia e o decurso da *vacatio legis* para entrar em vigor no espaço da União Europeia, sem prejuízo de serem necessários eventuais regulamentos de execução.

¹⁰⁷ Não aprofundaremos a questão mas interessa referir que muitos Autores referem indistintamente efeito directo e aplicabilidade directa, enquanto outros fazem a distinção, afirmando que a aplicabilidade directa é característica dos regulamentos. No primeiro sentido, CAMPOS, João Mota de/ CAMPOS, João Luiz Mota de, *cit.* [n.106], p.383. Em sentido contrário, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.* [n.9], p.315.

¹⁰⁸ CAMPOS, João Mota de/ CAMPOS, João Luiz Mota de, *ibidem*, p.313 (itálico dos Autores).

Atendendo à ligação entre o direito penal e a soberania estadual, seria de esperar que o regulamento fosse um instrumento afastado do domínio da cooperação judiciária em matéria penal, dado ser um instrumento em que a vontade da União prevalece em toda a sua extensão, não permitindo aos Estados-membros qualquer margem de conformação jurídica.

Como já várias vezes referimos, ao longo do período de tempo em que se avançou na integração europeia em geral os Estados foram ficando cada vez mais confortáveis com a ideia de abdicar, em certa medida, do controlo do ordenamento jurídico-penal que vigore no seu interior. A verdade é, todavia, que se olharmos para os artigos 85.º, n.º1, §2 e 86.º, n.º1, compreendemos que as matérias cuja disciplina jurídica terá de ser traçada por regulamentos não se coadunaria com outro instrumento, afinal trata-se de órgãos supranacionais cujo regime jurídico terá de ser igual para todos os Estados-membros (ou, em relação à Procuradoria Europeia, pelo menos para aqueles que dela participem). Deste modo, do recurso aos regulamentos nos artigos 85.º, n.º1, §2 e 86.º, n.º1 não poderemos tirar nenhuma conclusão em relação à ideia de comunitarização (o que talvez já não ocorra quando abordarmos a natureza das instituições em relação às quais é previsto o recurso aos regulamentos e o seu significado para o espaço penal europeu).

Igual juízo deverá ser feito em relação à possibilidade presente no artigo 82.º, n.º1, §2, pois o que está em causa são medidas de facilitação da cooperação entre as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-membros e embora a cooperação possa incluir a aproximação das legislações penais internas, o espírito subjacente é a manutenção da individualidade dos ordenamentos jurídicos processuais penais, facilitando-se apenas a cooperação entre aqueles ordenamentos.

3. A decisão

Em último lugar, os artigos 82.º, n.º2, alínea d), 83.º, n.º1, §3 e 86.º, n.º4 TFUE referem o recurso à decisão quando se pretenda alargar a actuação penal da União, seja através da identificação de novos aspectos do processo penal em que se possam estabelecer regras mínimas, seja através da identificação de novos domínios de criminalidade em que se podem determinar regras mínimas quanto às infracções e sanções penais, seja através do alargamento das atribuições da Procuradoria Europeia.

As decisões tal como definidas no artigo 288.º, §4 TFUE são obrigatórias em todos os seus elementos, distinguindo-se neste aspecto das directivas nos mesmos termos que os regulamentos. As decisões são adoptadas pelo Conselho, deliberando por unanimidade, após aprovação pelo Parlamento Europeu.

O alargamento das áreas em que a União pode intervir penalmente é feito portanto através de um procedimento em que a decisão final compete a um órgão de composição estadual, após aprovação pelo Parlamento Europeu. Embora não se tenha optado pelo procedimento legislativo ordinário, garante-se a participação do Conselho e do Parlamento Europeu, tendo ambas participações igualmente essenciais no processo de adopção de uma decisão, no âmbito penal.

Além de garantir a participação dos órgãos que representam o interesse dos Estados-membros e os cidadãos europeus, salvaguarda-se, mediante a unanimidade exigida à deliberação do Conselho, que todos os Estados-membros estão de acordo com a decisão de alargar as áreas do ordenamento jurídico-penal em que a UE pode agir.

C) Conclusões Parciais

A aplicação do procedimento legislativo ordinário, da regra da maioria qualificada para as deliberações do Conselho e do quadro de instrumentos jurídicos comum a todas as políticas da União à cooperação judiciária em matéria penal é apontada, pela generalidade da doutrina, como via de concretização da comunitarização do espaço penal europeu.

Para comprovarmos aquela ideia, abordámos os aspectos mencionados e concluímos que, de facto, a cooperação judiciária em matéria penal foi, naqueles aspectos, formalmente comunitarizada.

De um ponto de vista material, a sujeição da cooperação judiciária em matéria penal ao processo legislativo ordinário é simultaneamente uma concretização da aplicação do sistema normativo que concretizou o método comunitário (embora já não na sua formulação original, devido à circunstância de se tratar de uma co-decisão com o Parlamento Europeu) e um indício de que os Estados-membros pretendem edificar um projecto comum de direito penal. É inegável que a preocupação que esteve na base da defesa, pela doutrina e pelas próprias instituições comunitária, da extensão da deliberação por maioria qualificada foi a de garantir que o alargamento da União Europeia e a manutenção da regra da unanimidade não criaria frequentemente situações

de impasse no avanço da integração europeia. Todavia, parece-nos certo que os Estados-membros apenas concordariam se e na medida em que estivessem dispostos a construir em conjunto um projecto comum, principalmente se enquadrarmos esta questão no domínio penal.

Deste modo, a aplicação da regra de maioria qualificada é um reflexo da vontade de entrar no que respeita à cooperação judiciária em matéria penal numa nova. A unanimidade que se exige nas cláusulas *passerelle* não invalida o que se disse uma vez que são possíveis vários graus de integração penal europeia, não sendo a vontade de criar algo comum sinónimo de os Estados-membros abdicarem na íntegra da sua vontade enquanto Estados individuais, mais concretamente do poder de determinar se haverá extensão das áreas de actuação penal da União Europeia e quais são essas áreas.

Relativamente ao quadro de fontes de direito, parece-nos que a comunitarização foi sobretudo formal, porque não consideramos que os instrumentos jurídicos utilizados na cooperação judiciária em matéria penal tenham sido uma das principais preocupações dos Estados-membros nesta nova fase de integração penal europeia. É que com o Tratado de Lisboa aplicou-se a disciplina jurídica comunitária ao espaço penal europeu, sendo esta adaptada às exigências e particularidades daquele domínio jurídico e à configuração que lhe foi dada, nomeadamente ao tipo de actuação que nesse domínio pode ocorrer (por exemplo, a aproximação das legislações penais internas). Não significa que os Estados-membros não se tenham preocupado em adaptar os instrumentos jurídicos comunitários à cooperação judiciária em matéria penal e ao grau de integração que nesse âmbito pretendam estabelecer, todavia tratou-se apenas de adaptar o que já existia porque de facto se pretendeu a comunitarização formal do quadro de instrumentos jurídicos.

De qualquer forma, a dar algum indício sobre a intenção de criar um espaço comum a configuração da directiva confirma a intenção de avançar na integração penal europeu mas sempre garantindo o controlo sobre as soluções que concretamente vigorarão nos ordenamentos jurídico-penais internos e sobre a possibilidade de alargar o domínio da actuação penal da União Europeia.

SECÇÃO III

O SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL EUROPEU

A aplicação da disciplina jurídica ordinária da jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia à cooperação judiciária em matéria penal é outro dos pontos que a doutrina comumente refere como elemento da comunitarização do espaço penal europeu.

A) Sistema de justiça penal

1. O “triângulo judicial europeu”¹⁰⁹

No que respeita ao controlo jurisdicional como meio de tutela de garantia de direitos fundamentais, essencial para o direito penal, é necessário ter em conta, desde logo o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e, finalmente, os tribunais nacionais.

Durante muito tempo, embora a possibilidade de recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem por violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não devesse suscitar quaisquer problemas, mesmo se tratando de uma queixa relativa a uma decisão comunitária a verdade é que se foi tentando resguardar a actividade da UE e da CE ao controlo do TEDH, utilizando-se como principais argumentos, a circunstância de a CE não estar vinculada à CEDH por a ela não ter aderido e a incompatibilidade da atribuição de competências ao TEDH com a autonomia da ordem jurídica comunitária.

¹⁰⁹ Sobre o que se segue e com um tratamento alargado de toda a jurisprudência relevante para a evolução da tutela europeia dos direitos fundamentais, DUARTE, Maria Luisa, *O direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, consultado em congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf, a 12 de abril de 2012.

Com o Tratado de Lisboa, a União Europeia adquiriu personalidade jurídica¹¹⁰ e aderiu à CEDH o que significa, desde logo, que aquela quer no direito primário quer no direito derivado tem de respeitar a CEDH, sendo agora controlável pelo TEDH¹¹¹.

Quanto aos Tribunais nacionais, igualmente pertencentes ao “triângulo judicial europeu”, parece-nos pertinente referir que também estes, em abstracto, poderiam ter um importante papel na salvaguarda de direitos fundamentais quando esteja em causa a actuação comunitária. A este propósito deve fazer-se referência ao critério da protecção equivalente, ao qual se referiram duas importantes decisões do Tribunal Constitucional alemão: o acórdão de 29 de Maio de 1974 (Solange I¹¹²) e o acórdão de 22 de Outubro de 1986 (Solange II¹¹³). Em ambos os casos, estava em causa saber se o TC tinha, ou não, competência para conhecer da legalidade de actos comunitários. No primeiro caso, considerou-se que o processo de integração não tinha progredido o suficiente para garantir um nível adequado de protecção e equivalente ao que seria garantido pela ordem jurídica nacional. Mais de uma década depois, no Solange II, o TC alemão embora também tendo por base o critério da protecção equivalente, por fazer uma avaliação positiva da jurisprudência do TJ na tutela de direitos fundamentais, deixou de se pronunciar sobre a conformidade ou não dos actos comunitários com os direitos fundamentais¹¹⁴.

Actualmente, parece continuar a não ser necessária a intervenção dos tribunais nacionais na tutela dos direitos fundamentais, embora, mereça sempre destaque que esta

¹¹⁰ Cfr. artigo 47.º do TUE.

¹¹¹ Ainda antes do Tratado de Lisboa, admitia DUARTE, Maria Luisa, *cit.* [n. 109], p. 31, “as vantagens da adesão formal das Comunidades Europeias à CEDH”, já que, “no estágio actual de evolução do Direito da União Europeia, e na perspectiva da sua evolução futura, acreditamos que existem razões sérias para, não apenas admitir, mas defender a necessidade de um controlo *a posteriori* por parte do TEDH no quadro de um **triângulo judicial activo sobre Direitos Fundamentais no espaço europeu**” (negrito da Autora).

¹¹² Versão, em inglês, disponível em utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=588, consultado a 13 de Abril de 2012.

¹¹³ Versão, em inglês, disponível em utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=572, consultado a 13 de Abril de 2012.

¹¹⁴ Logo no segundo ponto do acórdão, pode ler-se “As long as the European Communities, in particular European Court case law, generally ensure effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution, and in so far as they generally safeguard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional Court will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation”.

não se verificará somente enquanto o TJUE garantir uma protecção equivalente à tutela nacional.

2. A comunitarização através da aplicação da disciplina jurídica ordinária da jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia

2.1. A dita comunitarização do espaço de liberdade, segurança e justiça passou pela aplicação da disciplina jurídica ordinária relativa à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia ao domínio da cooperação judiciária em matéria penal. Esta novidade é importante por dois motivos: em primeiro lugar, porque mais do que um direito penal europeu, interessa criar um sistema de justiça penal europeia, em que relevam as entidades legiferantes e as entidades que executam aquele direito, mas também as entidades judiciais, sobretudo, e este é o segundo motivo, quando se trata de um domínio que tão facilmente pode contender com os direitos fundamentais dos cidadãos. Mais, não é possível ignorar o papel que o Tribunal de Justiça da União Europeia desempenhou no desenvolvimento do direito comunitário e que aliás teve repercussões no âmbito do direito penal europeu, designadamente com o processo C-176/03 em que, ao arrepio de uma parte considerável da doutrina, se considerou que a Comunidade Europeia não tinha competência penal, em princípio, mas que “quando a aplicação de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida indispensável para lutar contra os atentados graves ao ambiente (...) pode (...) o legislador comunitário (...) tomar medidas relacionadas com o direito penal dos Estados-Membros que considere necessárias para garantir a plena efectividade das normas que promulgue em matéria de protecção do ambiente”¹¹⁵.

Numa primeira aproximação poder-se-ia considerar que a comunitarização operada em relação à jurisdição do TJUE foi uma comunitarização meramente formal, porque se traduziria na mera aplicação daquelas que outrora foram as regras comunitárias. Todavia, o aumento da competência do TJUE no domínio penal, que passou então pela aplicação das regras comunitárias sobre a jurisdição daquele Tribunal, traduziu-se num passo em frente na criação de um sistema de justiça penal europeu. É

¹¹⁵ Ponto 48 do acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2005 disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59714&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1759972>, consultado a 12 de Outubro de 2012.

certo que não está em causa, como acontece no processo legislativo ordinário, uma modificação que permita tão claramente observar que os Estados-membros estão mais confortáveis em abdicar de alguma soberania, ainda assim parece-nos que foi um passo em frente que se deu.

Interessam-nos sobretudo os artigos 263.º e 267.º do TFUE, bem como, a circunstância de o capítulo relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça, não consagrar quaisquer regras específicas relativamente à legitimidade para impugnar a legitimidade de actos normativos ou subordinar a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia para conhecer de questões, a título prejudicial, de uma declaração dos Estados-membros.

2.2. Não nos interessa tanto estudar o sistema judicial penal europeu nos seus detalhes, antes constatar a existência de um sistema que deixou para trás as limitações que antes o caracterizavam. Não quer isto dizer que se tenha criado um regime perfeito e que não levante várias questões, sobretudo na óptica do acesso dos particulares ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Antes de caracterizar brevemente as vias de acesso à justiça (penal) europeia, convém esclarecer que, de acordo com o artigo 19.º TUE, o sistema judicial da União Europeia é composto pelo Tribunal de Justiça *strictu sensu*, pelo Tribunal Geral e por tribunais especializados, fazendo parte do que, em sentido amplo, se designa Tribunal de Justiça da União Europeia. Falaremos apenas em TJUE ou, por extenso, de Tribunal de Justiça da União Europeia, já que não faremos referência ao tribunal concretamente competente para cada via de acesso. Porém, impõe-se, desde já, uma referência expressa à previsão de tribunais especializados, cuja criação está prevista no artigo 257.º TFUE, uma vez que existe a possibilidade de criar um tribunal encarregue de “conhecer em primeira instância de certas categorias de recurso em matérias específicas”¹¹⁶, designadamente de matéria penal. A criação de um tribunal especializado em matéria penal poderá introduzir alterações no regime actualmente vigente pois o §5 determina que esta categoria de tribunais poderá estabelecer um regulamento de processo. Das decisões destes tribunais poderá haver recurso para o Tribunal Geral.

¹¹⁶ Ver artigo 225.º - A do TCE, aditado pelo Tratado de Nice.

3. As vias de acesso ao Tribunal de Justiça da União Europeia

São previstos dois meios principais de acesso ao TJUE¹¹⁷: a via do recurso em que está em causa a fiscalização da legalidade dos actos das instituições da União que poderão ser anulados (artigos 263.º e 264.º TFUE) e a constatação da violação de um dever de agir, quando os órgãos comunitários se abstenham de pronunciar quando a tal estejam obrigados (artigo 265.º TFUE); e a via prejudicial em que a pedido de um órgão jurisdicional de um Estado-membro o TJUE se pronuncie sobre a interpretação dos Tratados (direito originário) ou sobre a validade e interpretação dos actos da União (direito derivado) – artigo 267.º TFUE.

Estas são as principais vias de acesso, o que não invalida que não existam outros meios de acesso que apesar de quantitativamente não terem o mesmo peso não sejam relevantes no que toca à matéria penal. O nosso breve estudo incidirá sobre as vias de acesso pertinentes para a criação de um espaço penal europeu, em que é integrado um sistema de justiça penal europeia.

3.1. O artigo 19.º TUE estabelece a função do Tribunal de Justiça da União Europeia, consagrando que a ele compete a “garantia do respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados”, o que faz através das formas presentes nos artigos 263.º ss do TFUE e que, no essencial, correspondem aos meios de actuação do TJCE no quadro da extinta CE.

Desde logo, preveem-se nos artigos 263.º a 266.º duas formas de acesso que podem ser apelidadas de *vias de acesso directo*¹¹⁸: o recurso de anulação e o recurso de omissão.

3.1.1. No recurso de anulação, regulado nos artigos 263.º e 264.º, é impugnado um acto normativo de um órgão ou instituição da União, com fundamento na sua ilegalidade, podendo em concreto consubstanciar-se em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder (§2 do artigo 263.º) A legitimidade activa é reconhecida aos Estados-membros, ao Parlamento Europeu, à Comissão, ao Conselho e a qualquer pessoa, singular ou colectiva. É um avanço significativo em relação à

¹¹⁷ Sobre o que se segue, MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.104], p.221 ss..

¹¹⁸ Seguimos a sistematização de *ibidem*, p. 226 ss..

configuração anterior da cooperação policial e judiciária penal, porque nos termos do artigo 35.º, n.º6 TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão, a legitimidade activa era apenas reconhecida aos Estados-membros e à Comissão (divergindo do artigo 230.º TCE). De fora ficavam o Conselho, o Conselho Europeu, o Parlamento Europeu e os particulares.

Ora não existindo no Título V da Parte III do TFUE nenhum preceito que outra coisa diga, em relação ao recurso de anulação de actos normativos, também em matérias relacionados com o espaço de liberdade, segurança e justiça (e portanto no atinente à cooperação em matéria penal) o Parlamento Europeu e os cidadãos ganham a legitimidade activa que anteriormente lhes era negada.

Também o Conselho ganha legitimidade activa, passando a fazer parte dos chamados recorrentes *privilegiados*. No anterior regime, o Conselho carecia de legitimidade para interpor recurso de anulação, mas parece-nos que tal fazia todo sentido uma vez que segundo o artigo 35.º, n.º6 TUE eram susceptíveis de impugnação as decisões e as decisões-quadro que, como sabemos, eram nos termos do artigo 34.º, n.º2, alíneas b) e c) TUE adoptadas pelo Conselho. Por isso não fazia sentido reconhecer-lhes o direito a impugnar uma acto por si adoptado. No regime actual, há que ter em consideração que a disciplina presente no artigo 263.º TFUE é geral o que justifica que se reconheça legitimidade activa ao Conselho, já que está em causa a previsão dos actos que podem ser adoptados pelos diversos órgãos e instituições europeias, nas diversas políticas que compõem as áreas de actuação da União e não apenas a cooperação judiciária penal.

A impugnação por pessoa singular ou colectiva é condicionada aos “actos de que seja destinatária ou que lhe digam directa ou individualmente respeito, bem como contra os actos regulamentares que lhe digam respeito e não necessitem de medidas de execução” (§4 do artigo 263.º). A concretização pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias do critério de aferição de legitimidade dos recorrentes *ordinários* foi bastante criticada pela doutrina¹¹⁹. No entanto, consideramos que tal questão não é imediatamente relevante uma vez que independentemente de tal concretização, as expressões utilizadas são, por si só, suficientes para afastar a possibilidade de os particulares contestarem a legalidade das directivas que são o instrumento, por excelência, usado no domínio penal, pela União. Recorde-se que as

¹¹⁹ Explicando a visão do TJCE, GORJÃO-HENRIQUES, *cit.* [n.9], p.348 ss. e de forma mais sucinta, CAMPOS, João Mota de/ CAMPOS, João Luiz Mota de, *cit.* [n.106], p.468.

directivas vinculam apenas os Estados-membros quanto ao resultado, pelo que não são actos dirigidos a particulares ou, que em princípio, lhes digam directa ou individualmente respeito.

Neste contexto, importa referir a possibilidade prevista no artigo 277.º TFUE que permite que qualquer interessado recorra ao TJUE para arguir a inaplicabilidade de um acto, em relação ao qual não possa ter interposto recurso de anulação ou quando já tenha passado o prazo de dois meses, instituído no artigo 263.º, §6. Como no artigo 277.º está em causa um “acto de alcance geral” e a legitimidade activa é reconhecida a “qualquer parte”, estamos perante uma via através da qual os particulares podem contornar a limitação imposta pelo artigo 263.º. É a chamada *excepção da ilegalidade*, que no âmbito penal, nomeadamente aquando da utilização de directivas, abre a porta aos particulares para logo num plano de estabelecimento de obrigações de resultado se fazerem ouvir.

Os recorrentes *privilegiados* (ou *institucionais* - Estados-membros, Comissão, Conselho e Parlamento Europeu) como a própria designação indica, nos termos do artigo 263.º, beneficiam de uma legitimidade activa incondicionada já que “podem atacar qualquer acto (...), qualquer que seja o seu interesse em agir ou o fundamento da sua acção”¹²⁰, existindo uma presunção de interesse. Estes órgãos poderão portanto interpor recurso de anulação contra qualquer acto, incluindo directivas. De qualquer modo, também a estes recorrentes assiste a tutela subsidiária presente no artigo 277.º.

3.1.2. Quanto ao recurso de omissão, esta via de acesso directo está prevista no 265.º. Do que se trata é da constatação da violação de um dever de agir, quando os órgãos comunitários se tenham absterido de pronunciar quando a tal estavam obrigados e já não da constatação da legalidade ou ilegalidade de um acto: em julgamento está uma omissão e não uma acção. O § 1 do artigo 265.º determina que tem legitimidade passiva o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão, o Banco Central Europeu e os “órgãos e organismos da União que se abstenham de se pronunciar” e reconhece legitimidade activa aos Estados-membros, as outras Instituições da União e a qualquer pessoa singular ou colectiva, quando uma Instituição, órgão ou organismo da UE não lhe tenham dirigido um acto que não seja recomendação ou parecer (§3). Como

¹²⁰ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.* [n.9], p.347.

facilmente se intui trata-se de um critério ainda mais restritivo que o do artigo 263.º, §4, embora se afigure pouco provável que em matéria penal esta seja uma via possível.

No âmbito de um recurso de anulação, de um recurso de omissão ou de uma excepção da ilegalidade, o Tribunal pode recorrer aos artigos 278.º e 279.º TFUE que estabelecem meios de “tutela judicial provisória”¹²¹ que pretendem garantir o efeito útil da decisão que venha a ser tomada.

Por último, quanto ao acesso directo, importa salientar que a actuação dos Estados-membros também pode ser atacada através de uma acção de incumprimento (artigos 258.º, 259.º e 260.º TFUE). A acção de incumprimento está interdita aos particulares.

3.2. Ao lado da competência contenciosa surge o reenvio prejudicial, considerado um mecanismo de cooperação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais nacionais. Na vigência do Tratado de Nice, esclarecia Miguel GORJÃO – HENRIQUES que “o reenvio prejudicial é um instrumento com uma dualidade fundamental de objectivos, exprimindo duas dimensões tendencialmente conflituantes. Por um lado, o objectivo da sua instituição foi o de estabelecer um mecanismo de cooperação judiciária (...) que permitisse (...) a plena realização do princípio de *boa administração da justiça*. Por outro lado, o seu *desenho* e modo de implementação cedo o configuraram como um instrumento privilegiado de garantia da *uniformidade* na aplicação do direito comunitário”¹²². O próprio TJUE, logo após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, iniciou a nota informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais afirmando que “o sistema de reenvio prejudicial (...) tem por finalidade fornecer aos órgãos jurisdicionais nacionais o meio de assegurar uma interpretação e uma aplicação uniformes deste direito [da União Europeia] em todos os Estados Membros”¹²³.

O reenvio prejudicial ocorre quando perante um órgão jurisdicional de algum Estado-membro surge, em juízo, uma questão de direito relativa à validade ou à interpretação de uma norma da União cuja resolução é essencial para a solução do caso

¹²¹ BOTELHO MONIZ / SOUSA e ALVIM *apud* MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.104], p. 229.

¹²² GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.* [n.9], p.390 (itálicos do Autor).

¹²³ Nota informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais publicada no JO, Série C, n.º 297, a 5 de Dezembro de 2009, entretanto substituída pela nota informativa relativa à instauração de processos prejudiciais pelos órgãos jurisdicionais nacionais (publicada no JO, Série C 160, a 28 de Maio de 2011) e em que aquele mesma ideia é repetida.

sub judice. O TJUE apreciará a questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional mas não se substituirá a este, até porque o objecto de juízo do Tribunal de Justiça da União Europeia será a concreta questão de direito remetida pelo órgão jurisdicional nacional e não o objecto do processo que decorre neste último. É por isso que não estamos mais no domínio da competência contenciosa do TJUE.

Antes do Tratado de Lisboa - e o que se segue é muito importante porque, nos termos do artigo 10.º do Protocolo relativo às disposições transitórias, num período de cinco anos após entrada em vigor do Tratado de Lisboa, portanto até 1 de Dezembro de 2014, no domínio da cooperação policial e judiciária penal e em relação aos actos adoptados antes daquela data, aplicar-se-á o regime anterior e que agora veremos - o artigo 35.º, n.ºs 1 a 4 TUE previa um regime especial de reenvio prejudicial para a cooperação policial e judiciária penal, segundo o qual o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias apenas tinha competência sobre a matéria em apreço se os Estados assim o reconhecessem através de uma declaração de aceitação da competência daquele órgão, feita no momento da assinatura do Tratado de Amesterdão ou posteriormente¹²⁴. Ou seja, existia um regime especial para a cooperação policial e judiciária em matéria penal que divergia do regime comum do reenvio prejudicial ao limitar a competência do Tribunal de Justiça, pois este apenas poderia intervir se o Estado-membro de onde tivesse sido remetida a questão de direito relativa ao direito da União, tivesse reconhecido essa mesma competência e, nesse caso, se o órgão jurisdicional de onde proviesse o reenvio fosse um dos órgãos aos quais era reconhecido, dentro desse Estado-membro, a possibilidade de recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial.

Ainda antes do Tratado de Lisboa já Olivier de SCHUTTER falava em “geometria variável” do reenvio prejudicial¹²⁵, ideia com a qual temos de concordar porque efectivamente permitia-se a existência de diversos regimes de sujeição ao TJCE, a abrir logo com a expressão do artigo 35.º, n.º1 TUE, na versão de Amesterdão, o “Tribunal (...) é competente, sob reserva das condições constantes do presente artigo,

¹²⁴ Portugal aceitou a competência do Tribunal de Justiça para decidir a título prejudicial no Decreto do Presidente da República n.º65/99, de 19 de Fevereiro. No artigo 2.º, b) consagrava-se que “qualquer órgão jurisdicional nacional pode pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre uma questão suscitada em processo pendente perante esse órgão jurisdicional relativa à validade e interpretação de um acto (...) se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa”. Referindo a situação dos restantes Estados-membros, VILAÇA, J. L. da Cruz /GORJÃO- HENRIQUES, Miguel, *Tratado de Nice*, 4.ª Edição, Almedina, 2008, 34, nota 2.

¹²⁵ SCHUTTER, Olivier de *apud* RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.4], p.411.

para decidir a título prejudicial”, reservas que eram muitas e de alcance significativo. Senão vejamos.

Desde logo, os Estados-membros podiam ou não aceitar a competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para decidir a título prejudicial, no domínio da cooperação policial e judiciária penal. Em 2008, Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Itália, Luxemburgo, Portugal, República Checa e Suécia tinham declarado que aceitavam a jurisdição do TJCE. Contas feitas, em vinte e sete Estados-membros apenas catorze tinham feito a referida declaração, ficando de fora a Dinamarca, a Irlanda, o Reino Unido, os Estados que aderiram em Maio de 2004 (à excepção da Hungria e da República Checa) e os Estados que aderiram em Janeiro de 2007, ou seja, treze Estados!

De seguida, a declaração feita pelos Estados-membros de aceitação da jurisdição do TJCE, nos termos do n.º3 do artigo 35.º, deveria ainda especificar se todos os seus órgãos jurisdicionais ou apenas os que decidiam em última instância tinham a faculdade de pedir que o Tribunal se pronunciasse.

Mais, a letra da lei referia, em ambas as alíneas do n.º3 do artigo 35.º, que os referidos órgãos jurisdicionais nacionais *podiam* recorrer ao TJCE e não que *tinham* de recorrer àquele órgão comunitário, pelo que o reenvio não era obrigatório¹²⁶. Todavia, alguns Estados, como por exemplo a Bélgica ou a Alemanha, reservaram-se o direito de prever, na ordem jurídica interna, que quando fosse suscitada uma questão relativa à validade ou à interpretação dos actos referidos no n.º1 do artigo 35.º, num processo pendente num tribunal nacional cuja decisão não fosse susceptível de recurso de acordo com a legislação interna, esse tribunal fosse obrigado a apresentar o processo ao TJUE. Ora, esta opção tomada por alguns Estados-membros criou, dentro dos catorze Estados que aceitaram a jurisdição do Tribunal, diferenças quanto ao regime de reenvio na perspectiva das entidades que a ele podem recorrer. A título de exemplo, Portugal, diferentemente da Alemanha e da Bélgica, especificou que qualquer órgão jurisdicional nacional podia recorrer, optando assim pela alínea a) do n.º3 do artigo 35.º e por manter o mecanismo do reenvio enquanto possibilidade e não como obrigação. Por outro lado, mesmo que não houvesse qualquer especificação quanto à possibilidade ou obrigatoriedade de reenvio quando a decisão do órgão jurisdicional não fosse susceptível de recurso nos termos do direito interno, sempre teríamos o esclarecimento

¹²⁶ Neste sentido, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *cit.* [n.9], p.412.

prestado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ao afirmar que, no reenvio de interpretação, “um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial em direito interno é, em princípio, **obrigado** a submeter essa questão ao Tribunal de Justiça, *excepto* quando já exista jurisprudência na matéria (e quando o quadro eventualmente novo não suscite nenhuma dúvida real quanto à possibilidade de aplicar essa jurisprudência) ou quando o modo correcto de interpretar a norma comunitária seja manifestamente evidente”¹²⁷.

Por último, o n.º4 do artigo 35.º permitia que mesmo não tendo aceiteado a competência do Tribunal de Justiça, um Estado-membro podia apresentar alegações ou observações àquele Tribunal.

Como se vê era, de facto, uma *geometria variável* que tínhamos no reenvio prejudicial.

Actualmente, o artigo 267.º TFUE preceitua que o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para “decidir, a título prejudicial: a) sobre a interpretação dos Tratados [direito originário]; b) sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas Instituições, órgãos ou organismos da União [direito derivado]”. Porque o título relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça não consagra quaisquer regras específicas relativamente à competência do Tribunal de Justiça da União Europeia para conhecer de questões a título prejudicial entende-se que a competência para decidir, a esse título (artigo 267.º TFUE) deixa de estar, no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, dependente de uma declaração de cada Estado-membro que reconheça essa mesma competência, sendo portanto automática.

3.2.1. O reenvio tem sido frequentemente utilizado o que tem repercussões na duração dos processos, que se têm tornado mais demorados¹²⁸. Com o intuito de

¹²⁷ Pontos 12 da nota informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais, publicada no JO, série C, n.º143, a 11 de Junho de 2005 (negrito da versão original e itálico nosso) e que foi sucessivamente retomada nos pontos 12 das notas informativas que posteriormente foram publicadas (nota informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais, de 2009 e nota informativa relativa à instauração de processos prejudiciais pelos órgãos jurisdicionais nacionais, de 2011) e na recomendação à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, publicada no JO, série C, n.º338, a 6 de Novembro de 2012.

¹²⁸ O Tribunal de Justiça publica anualmente um Relatório onde apresenta estatísticas judiciárias sobre a actividade por si desenvolvida. No Relatório Anual de 2011, disponível em http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_statistiques_cour_pt.pdf, consultado a 21 de Agosto de 2013, a tabela que acompanha o gráfico 2 intitulado “*Processos entrados* -

contornar aquela morosidade, que é um verdadeiro obstáculo ao princípio da protecção jurisdicional efectiva consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e em que se preceitua que “toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada (...) num prazo razoável” (§2), surgiu o Procedimento Prejudicial Acelerado e o Procedimento Prejudicial Urgente¹²⁹.

Prevê o artigo 23.º - A do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia que o Regulamento de Processo¹³⁰ pode prever uma tramitação acelerada para certos pedidos e uma tramitação urgente dos pedidos de decisão prejudicial relativos ao espaço de liberdade, segurança e justiça. Na sequência dessa faculdade, os artigos 105.º e 106.º do referido Regulamento tratam da tramitação prejudicial acelerada e os artigos 107.º a 114.º da tramitação prejudicial urgente.

natureza dos processos (2007-2011) dá-nos conta de que, no período 2007-2011, a maioria dos processos que deu entrada no Tribunal de Justiça foram de reenvio (em 2007 entraram 265 processos de reenvio num total de 581 processos; em 2008, entraram 288 processos de reenvio num total de 593 processos; em 2009, entraram 302 processos de reenvio num total de 562 processos; em 2010 entraram 385 processos num total de 631 processos; e, em 2011, entraram 423 processos num total de 688 processos). Os valores apresentados permitem ainda concluir que, num período de 5 anos (como dissemos, de 2007 a 2011), o número de processos de reenvio que deram entrada no Tribunal de Justiça quase duplicaram. Por sua vez, a tabela que acompanha o gráfico 5 denominado “*Processos findos – Natureza dos processos (2007 - 2011)*” indica-nos mais uma vez que a maioria dos processos findos é de reenvio, à excepção do ano 2007 em que os 235 processos de reenvio foram ultrapassados pelas 241 acções e recursos directos.

Quanto à duração dos processos, a tabela que acompanha o gráfico 12 (“*Processos findos - Duração dos processos (2007 - 2011) (acórdãos e despachos de carácter jurisdicional)*”), mostra que em termos de duração, os processos de reenvio têm vindo a tornar-se mais céleres, embora demorem ainda mais de um ano a ser concluídos. Em 2007, a duração média de um processo de reenvio era de 19,3 meses, valor que diminuiu, de forma significativa, em 2008, para 16,8 meses devido à introdução da tramitação prejudicial urgente, cuja duração média foi, naquele ano, de 2,1 meses. Em 2009, a duração do processo prejudicial *ordinário* aumentou, ligeiramente, para uma duração média de 17,1 meses, que em 2010 baixou para os 16,1 meses. No ano seguinte, a duração média foi de 16,4 meses. Quanto aos processos prejudiciais urgentes, a sua duração oscilou, entre 2008 e 2011 entre os 2,1 e 2,5 meses.

Também em relação aos processos pendentes é possível constatar que os reenvios prejudiciais são os processos mais utilizados. No gráfico 13, relativo aos “*Processos pendentes em 31 de dezembro - Natureza dos processos (2007 - 2011)*”, verificamos que, à excepção do ano 2008, os reenvios representam, pelo menos, metade de todos os processos pendentes! Por exemplo, em 2011, num total de 849 processos pendentes, 519 eram de reenvio.

Todavia, no cômputo geral, isto é, contabilizando toda a actividade do Tribunal de Justiça desde 1953 até 2011, entraram 8 682 acções e recursos directos contra 7 428 reenvios prejudiciais, segundo os dados disponibilizados na tabela 18. Na verdade, o mecanismo do reenvio surgiu apenas em 1961 e só a partir de 1994 é que o número anual de processos de reenvio entrados no Tribunal de Justiça ultrapassou o número anual de acções e recursos directos.

¹²⁹ Um estudo sobre o Procedimento Prejudicial Urgente encontra-se em PAIS, Sofia Oliveira, *A cooperação judiciária com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa: um passo para a frente, dois passos para trás?*, Revista do CEJ, Lisboa, Nº 15, sem. 1 (2011), pp. 191-205, em especial p.197 ss..

¹³⁰ Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da União Europeia publicado em JO, série L, n.º 265/5, a 29 de Setembro de 2012.

Criada em 2001, a tramitação acelerada consiste num procedimento mais célere do mecanismo de reenvio que pode ser requerida pelo órgãos jurisdicional nacional ou, excepcional e oficiosamente, pelo Presidente do Tribunal de Justiça da União Europeia quando a “natureza do processo exija o seu tratamento dentro de prazos curtos” (n.º 1 do artigo 105.º do Regulamento de Processo). Esta tramitação não é restringida a qualquer domínio, pelo que pode ser aplicada qualquer que seja a matéria que suscite o reenvio. Não obstante ter sido criada com o intuito de garantir uma tutela jurisdicional em tempo útil, a verdade é que o objectivo não foi alcançado.

Neste contexto, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia introduziu no artigo 267.º um parágrafo em que consagra que se uma questão de natureza prejudicial for “suscitada 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”. Ora atendendo a que o artigo 23.º - A do Estatuto do Tribunal de Justiça faz referência a uma tramitação prejudicial urgente, que deverá ser usada quando o pedido diga respeito ao espaço de liberdade, segurança e justiça, podemos entender que a tramitação preferencial para os casos do §4 do artigo 267.º TFUE será o Procedimento Prejudicial Urgente. Por outro lado, a expressão usada pelo este artigo é “a maior brevidade possível” e a tramitação prejudicial especial mais rápida é a urgente.

De qualquer forma, o Tribunal de Justiça na recomendação à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais esclareceu que o procedimento prejudicial urgente

“só deve ser requerido em circunstâncias em que seja absolutamente necessário que o Tribunal profira uma decisão sobre o pedido de decisão prejudicial o mais rapidamente possível. Não sendo possível enumerar aqui essas situações de modo exaustivo, em virtude, designadamente, do carácter variado e evolutivo das normas da União que regulam o espaço de liberdade, segurança e justiça, um órgão jurisdicional nacional poderá apresentar um pedido de tramitação prejudicial urgente, por exemplo, (...) nas situações seguintes: no caso, previsto no artigo 267.º, quarto parágrafo, TFUE, de uma

pessoa detida ou privada de liberdade, quando a resposta à questão colocada seja determinante para a apreciação da situação jurídica dessa pessoa (...) ”¹³¹.

4. Limitações à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia

Não obstante as significativas melhorias em relação ao regime anterior, quer do ponto de vista da competência contenciosa, quer do ponto de vista da competência a título prejudicial, a jurisdição do TJUE mantém-se limitada no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal.

Em primeiro lugar, o artigo 276.º TFUE estabelece que “no exercício das suas atribuições relativamente às disposições dos Capítulos 4 e 5 do Título V da Parte III, relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça, o Tribunal de Justiça *não é competente* para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas 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.” Recupera-se assim a limitação já prevista no n.º5 do artigo 35.º TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amesterdão.

Em segundo lugar, o artigo 10.º do Protocolo (n.º36) relativo às disposições transitórias determina que, num período de cinco anos após entrada em vigor do Tratado de Lisboa (que ocorreu a 1 de Dezembro de 2009, pelo que o período de transição cessará a 1 de Dezembro de 2014), no domínio da cooperação policial e judiciária penal e em relação aos actos adoptados antes daquela data:

- a) Não se aplicará a competência conferida à Comissão (conhecida pelo seu papel de guardião dos Tratados) no artigo 258.º TFUE de formular parecer fundamentado sobre o que considere ser um incumprimento, por parte de um Estado-membro, de obrigações decorrentes dos Tratados, após ter dado oportunidade ao Estado de apresentar as suas observações. Se o

¹³¹ Recomendação à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, publicada no JO, série C, n.º338/1, a 6 de Novembro de 2012 (sublinhado nosso). Esta recomendação substitui a nota informativa relativa à instauração de processos prejudiciais pelos órgãos jurisdicionais nacionais, de 2011, que no ponto 37 referia os mesmos exemplos de casos passíveis de reenvio prejudicial urgente e que, por sua vez, retomava o conteúdo do ponto 36 da nota informativa relativa à apresentação de pedidos de decisão prejudicial pelos órgãos jurisdicionais nacionais, de 2009.

Estado não proceder em conformidade com o parecer da Comissão, esta pode recorrer ao TJUE;

- b) As disposições do título VI do TUE, na redacção anterior ao Tratado de Lisboa, permanecerão em vigor inclusivamente nos casos em que os Estados-membro tenham aceite a competência do Tribunal de Justiça para decidir a título prejudicial.

Alguns Autores consideram que devido a este aspecto a comunitarização não foi total, nomeadamente Sofia Oliveira PAIS que afirma recorrendo às palavras de Ana Guerra MARTINS que o facto de a reforma da jurisdição do TJUE ter sido adiada por cinco anos é uma “concessão à soberania dos Estados-Membros” a demonstrar que a comunitarização do ELSJ não é plena”¹³². Parece-nos que a circunstância de se estabelecer um período de transição não significa que a comunitarização não foi completa uma vez que existe um comprometimento dos Estados-membros em que findo aquele período se aplicará a disciplina jurídica ordinária de jurisdição do TJUE.

B) A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como referente axiológico do espaço penal europeu¹³³

O «agnosticismo valorativo»¹³⁴ que durante muito tempo imperou no espaço penal desaparece com o artigo 6.º TUE que marca a primeira vez em que “uma organização supranacional dota-se de um “*bill of rights*” que a vincula e que defende os seus cidadãos e residentes contra os seus próprios actos políticos, legislativos e administrativos”¹³⁵. Reconhece-se à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o mesmo valor jurídico que aos tratados sendo por isso, considerada direito primário e integrando o bloco de legalidade a que o Tribunal de Justiça da União Europeia se pode referir. O artigo 6.º TUE consagra ainda, no n.º2, que a União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o que possibilitará a fiscalização externa pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

¹³² Ana Guerra MARTINS *apud* PAIS, Sofia Oliveira, *Estudos da União Europeia*, 2013, 2.ª Edição, Almedina, p.79.

¹³³ Sobre o que se segue, ver MESQUITA, Maria José Rangel de, *cit.* [n.65 (1.º)], pp.103 ss. e MOREIRA, Vital, *in* PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *cit.* [n.65], pp.1395 ss..

¹³⁴ DUARTE, Maria Luísa *apud* GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *in* RÍQUITO, Ana Luísa et al., *Carta dos Direitos Fundamentais*, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.27.

¹³⁵ MOREIRA, Vital, *ibidem*, pp.1398.

Este ponto representa um grande avanço na integração europeia, falando-se de *constitucionalização*¹³⁶ do projecto em constante evolução que é a União Europeia e, mais especificamente na salvaguarda de direitos fundamentais, materializando um marco significativo na evolução da protecção daqueles direitos, o que é fundamental para o direito penal. Contudo, o que aqui nos interessa é o significado da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia do ponto de vista da criação de um espaço *comum* de direito e justiça penais, embora não deixemos de reconhecer que o reconhecimento do mesmo valor jurídico aos tratados (direito originário) e à Carta é relevante.

Relativamente ao significado material da Carta, recorremos às palavras de J. J. Gomes CANOTILHO, a propósito daquele diploma em 2001: “a dimensão da *fundamentalização material* sugere que estes direitos [consagrados na Carta] são constitutivos das estruturas básicas da Comunidade e União europeias. Além de serem uma “legitimação política e moral” de uma estrutura político-organizatória, elas crissam a Europa Comunitária como uma *comunidade de valores e de princípios* juridicamente normativizados numa carta de direitos fundamentais”¹³⁷.

Sendo essencial ter presente que o direito penal assume no domínio da União contornos diferentes daqueles que assume no âmbito do direito penal clássico¹³⁸, é-lhe

¹³⁶ Se um dos factores que mais contribuiu para o Tratado Constitucional sucumbir aos referendos parece ter sido a forma constitucional que se deu ao projecto, a verdade é que o Tratado de Lisboa retomou a maioria das suas soluções, apenas descartando algumas das soluções que mais visibilidade tinham e mais impacto tiveram. É por isso que os Autores vão falando na mesma de *constitucionalização* da União Europeia (assim, MOREIRA, Vital, in PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.) *cit.* [n.65], *passim*), desde logo porque uma constituição pode ter um referente que não seja o Estado, ainda que tal não corresponda ao esquema político actual: a propósito dos referentes de uma constituição, J. J. Gomes CANOTILHO transcreve o artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (“*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n’a point de Constitution.*”) ensinando que, no quadro político oitocentista, o referente da constituição era a sociedade (CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, p.88).

¹³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, in RIQUEITO, Ana Luísa et al., *cit.* [n.134], p.13 (itálico do Autor).

¹³⁸ Não só o direito penal assume contornos peculiares no domínio da União Europeia (constituindo assim um “direito penal especializado (europeu)”- MIRANDA, Anabela Miranda, *cit.* [n.4], p.14 - como a União Europeia em si constitui uma organização internacional *sui generis* em relação à qual não é, como já referimos, consensual qual o seu enquadramento do âmbito das organizações internacionais, até porque “dispõe de alguns traços eminentes de “estatalidade” e de federalismo” (MOREIRA, Vital, *ibidem*, pp.1407). A propósito da Carta dos Direitos Fundamentais, Vital MOREIRA (*ibidem*, pp.1407-1408) fala de uma vertente “constitucional” da Carta que assenta em três aspectos: 1) a origem convencional da mesma, à margem de acordos intergovernamentais; 2) o facto de se destinar à limitação do poder político face aos seus cidadãos e às pessoas sujeitas à sua acção; 3) tem como finalidade a densificação da cidadania europeia. Simultaneamente considera existir uma vertente “federal”, ao estabelecer ao nível da

inerente ser um ramo de protecção de bens jurídicos, que se estabelecem por referência a princípios fundamentais de uma comunidade, seja ela nacional ou internacional¹³⁹.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (assim como a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais) consagra uma série de princípios e valores que servem agora de referência ao direito penal criado pela União Europeia. Por seu turno, o próprio Tratado da União Europeia enuncia um conjunto de princípios e valores, bem como reconhece o valor jurídico dos instrumentos já mencionados, o que se traduz na adopção do conteúdo material de uma Constituição, em referência à qual o espaço penal europeu se pode desenvolver.

Antes do reconhecimento à Carta de valor jurídico igual aos dos tratados Mário Ferreira MONTE falava de “falta de legitimação axiológico-normativa” para referir a ausência de “um quadro de valores, como sucede nas Constituições dos países, que sirva de referência à criação de normas penais”¹⁴⁰. Ora, se uma das intenções da União Europeia, nesta nova fase, é criar um espaço de direito penal europeu que seja comum, então um passo essencial era firmar quais os princípios e valores comuns na União, para, com base neles, ser possível criar um direito penal europeu¹⁴¹, o que aliás se integra num fenómeno mais amplo de avanço na integração europeia nas várias políticas sobre a sua alçada.

É certo que a maioria dos princípios e valores consagrados encontram acolhimento nas constituições nacionais dos Estados-membros, pois se há princípios que se relacionam com a União Europeia enquanto organização internacional e portanto

União um “bill of rights” vinculantes para as suas autoridades, estabelecendo dois planos sobrepostos de protecção de direitos fundamentais: o nível estadual e o nível federal.

¹³⁹ Atentemos nas palavras de DIAS, Jorge de Figueiredo, *cit.* [n.90], p.120, que, embora relativas ao ordenamento jurídico-penal estadual, facilmente se aplicam, com as necessárias adaptações, ao contexto agora estudado: “um bem jurídico politico-criminalmente tutelável existe (...) onde se encontre *reflectido* num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-legal – dos bens jurídicos tem por força de verificar-se uma qualquer **relação de mútua referência**. Relação que não será de “identidade”, ou mesmo só de “recíproca cobertura”, mas de **analogia material** fundada numa essencial *correspondência de sentido e (...) de fins*. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da actividade punitiva do Estado. É nesta acepção que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais...” (negritos e itálicos do Autor).

¹⁴⁰ MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.104], p.156.

¹⁴¹ Uma comparação da Carta dos Direitos Fundamentais, na versão original, com a Constituição portuguesa pode ser encontrada em VILALONGA, José Manuel, *A Carta dos Direitos Fundamentais e Direito Penal*, O Direito, Ano 137.º, 2005. IV-V, pp.755-770.

com as particularidades que a diferencia dos Estados, outros princípios há que se impõem sempre, não sendo o seu conteúdo um que necessite de adaptação¹⁴². Igualmente certo é que o artigo 6.º TUE, na redacção anterior ao Tratado de Lisboa, consagrava, no n.º1, que “a União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros” e, no n.º2, que “respeitará dos direitos fundamentais tal como garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (...) e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário”. Havia, portanto, uma assunção implícita. Por outro lado, a Carta dos Direitos Fundamentais que concretiza aqueles princípios já tinha sido aprovada no Conselho Europeu de Nice, a 7 de Dezembro de 2000. Contudo, não lhe tinha sido reconhecido valor jurídico vinculativo, o que explica que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias durante muito tempo não tenha feito referência àquele instrumento. Pelo contrário, a Comissão Europeia e alguns Advogados-gerais, em algumas situações, fizeram referência a normas da Carta dos Direitos Fundamentais¹⁴³.

C) Conclusões Parciais

Do ponto de vista do sistema de justiça penal, houve, desde logo, uma comunitarização formal que se concretizou na aplicação da disciplina jurídica comum da jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia ao espaço de liberdade, segurança e justiça e, mais concretamente, à cooperação judiciária em matéria penal, isto é, ao espaço penal europeu. A doutrina refere este ponto sempre que o tema é a comunitarização do espaço de liberdade, segurança e justiça e consideramos que aquela efectivamente se verificou.

Ao lado da comunitarização formal, cremos que o ponto referido no parágrafo anterior conjuntamente com o reconhecimento de valor jurídico vinculativo à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reflectem também a intenção de criar um espaço penal europeu comum, quer através da criação de um sistema de justiça penal

¹⁴² Ver MESQUITA, Maria José Rangel de, *cit.* [n.65 (1.º)], p.50.

¹⁴³ Com referência, MESQUITA, Maria José Rangel de, *ibidem*, p.50. Cfr. também ZILLER, Jacques, *cit.* [n.65], p.31.

quer através da criação de um catálogo de princípios e valores com base nos quais o espaço penal europeu se pode desenvolver.

SECÇÃO IV

AS VIAS DE CONSTRUÇÃO DO ESPAÇO PENAL EUROPEU

A) Introdução – justificação e identificação

O estudo do espaço penal europeu implica a análise dos meios através dos quais aquele vai sendo construído. Ora o enfoque do nosso estudo é a existência na disciplina jurídica daquele espaço de aspectos que apontam no sentido da comunitarização e de aspectos que apontam no sentido da diferenciação, ou que pelo menos demonstram que, no domínio penal, os Estados-membros não estiveram dispostos a abdicar na íntegra, para já, da lógica intergovernamental ou que apesar de abraçarem a lógica supranacional, não o pretenderam fazer de forma absoluta. Se o que está em causa é desde logo identificar os pontos pelos quais se comunitarizou o espaço de liberdade, segurança e justiça, em particular o espaço penal europeu, após termos estudado os aspectos que a doutrina refere sobre aquele tópico faz sentido olhar, de seguida, para os eixos em torno dos quais o espaço penal europeu se desenvolve, ainda que tal não corresponda à estrutura de análise que a doutrina tem utilizado quando aborda esta temática.

As vias de construção do espaço penal europeu apresentam aspectos que, em si, foram apontados como elementos que demonstraram e consubstanciaram a comunitarização do antigo Terceiro Pilar, como seja a aplicação do procedimento legislativo ordinário ou a instituição de um único quadro de instrumentos jurídicos. Em contraste directo surgem a cooperação judiciária e a harmonização que na disciplina jurídica em que se traduzem enquanto formas de criação de uma área penal europeia não são referidas quando se fala em comunitarização do espaço penal europeu, o que nos parece que só fará sentido quando se parte de um conceito meramente formal de comunitarização.

A adoção de um conceito material ou de um conceito em que seja incluída a vertente formal e a vertente material permite, aliás implica que se fala dos eixos mencionados, não só com base na parte do seu regime jurídico que resulta da aplicação da disciplina jurídica característica do método comunitário, mas também da parte que se traduza, tendo em conta a individualidade de cada um desses eixos, na construção do espaço penal europeu e em que se consiga descortinar a influência da lógica supranacional comunitária ou então de resquícios da lógica intergovernamental.

Existem três vias de construção do espaço penal europeu: a harmonização, para a criação de um direito penal europeu; em segundo lugar, a criação de estruturas policiais e judiciárias europeias para cooperarem; e, por último, o reconhecimento mútuo, perspectivado como “pedra angular” da cooperação judiciária na EU. Todavia, só a julgar pelo título do Capítulo IV do Título V da Parte III do TFUE podemos antever que a criação do espaço penal europeu passa principalmente pela cooperação judiciária, constituindo a harmonização e a criação de órgãos supranacionais meios secundários que se desenvolvem na medida do necessário a facilitar a cooperação.

B) Vias de construção do espaço penal europeu

1. Uma visão geral

A cooperação judiciária corresponde ao eixo em torno do qual desde o século passado se desenvolve o espaço penal da União Europeia, ocupando portanto um lugar central.

A cooperação judiciária em matéria penal apoia-se, fundamentalmente, desde o Conselho Europeu de Tampere, no princípio do reconhecimento mútuo e não obstante este princípio ser considerado como a “pedra angular” da cooperação, esta não se esgota nele¹⁴⁴. A consciência do que foi dito é importante porque o papel central do princípio do reconhecimento mútuo faz com que muitas vezes nos esqueçamos de que a cooperação não se esgota nele, pelo que algumas disposições relativas à cooperação judiciária em matéria penal não se reconduzirão àquele princípio, como é o caso do apoio à formação de magistrados e de funcionários e agentes de justiça (alínea c) do n.º1

¹⁴⁴ Neste sentido, afirma MONTE, Mário Ferreira que “a cooperação judicial em matéria penal não é exclusivamente aquela que se baseia no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais, mas também será – e em primeiro lugar é – aquela que se baseia nesse princípio” (*cit.* [n.104], p.184).

do artigo 82.º). Ainda assim, o protagonismo vai, de facto, para o princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais.

Não existindo definição deste princípio, há consenso relativamente ao seu núcleo essencial: “desde que uma decisão é tomada por uma autoridade judiciária competente, em virtude do direito do Estado-Membro de onde procede, em conformidade com o direito desse Estado, essa decisão deve ter *efeito pleno e directo* sobre o conjunto do território da União. Isto significa que as autoridades competentes do Estado-Membro no território do qual a decisão pode ser executada devem prestar a sua colaboração à execução dessa decisão como se se tratasse de uma decisão tomada por uma autoridade competente deste Estado”¹⁴⁵.

Em segundo lugar, o espaço penal europeu desenvolve-se através da harmonização que se apresenta como um eixo cujo estatuto nunca foi inequívoco, suscitando muitas dúvidas. Generalizadamente utilizada como sinónimo de aproximação, para a denominação harmonização ainda não foi encontrada uma definição globalmente aceite, embora a doutrina anglo-saxónica e continental recorra àquela expressão para designar a aproximação das legislações internas dos Estados-membros da União Europeia.

Ao longo dos anos, o legislador europeu optou, quase sempre, pela expressão aproximar¹⁴⁶, o que nos deverá dar uma indicação quanto à construção doutrinária que a partir daí se faça. Parece-nos que o cerne da questão está em determinar qual o limite dessa aproximação, o que imediatamente nos dirá se verdadeiramente deveríamos falar em harmonização ou de algo mais, como por exemplo uniformização, embora em boa verdade não possamos agora estudar o tema de forma profunda o suficiente para responder àquela questão, além de que como quer que a questão seja resolvida

¹⁴⁵ DANIEL FLORE *apud* RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n. 4], p.70 (itálico do texto transcrito).

¹⁴⁶ O Tratado de Amesterdão (diploma onde se estabeleceu a primeira base legal, no contexto da União Europeia, para a autonomização desta via de construção do espaço de liberdade, segurança e justiça, já que na vigência do Tratado de Maastricht a harmonização não tinha qualquer estatuto de autonomia) não empregou a expressão “harmonização”, nem os instrumentos que se lhe seguiram o fizeram (desde logo, o Plano de Acção de Viena de 3 de Dezembro de 1998 e as Conclusões do Conselho Europeu de Tampere). Na verdade, uma leitura na diagonal pelos vários diplomas em que esta matéria foi sendo tratada permite-nos verificar que as instituições da União Europeia quase sempre optaram pela expressão “aproximar”, sendo esta preterida apenas no considerando 5 da Decisão-quadro, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra sistemas de informação e, mais recentemente, no artigo 83.º, n.º 2 do TFUE que fala expressamente em harmonização. Não obstante, como já referimos, a doutrina anglo-saxónica e continental tem recorrido à expressão *harmonização* para designar o meio de criação do espaço penal europeu que consiste na aproximação das legislações penais dos Estados-membros.

estaremos sempre perante a mesma intenção: criar algo comum, variando depois o grau de integração.

A doutrina tem tido dificuldade em explicar o que seja a harmonização e isto não só enquanto fenómeno jurídico¹⁴⁷. Daqui decorre que a designação harmonização é, muitas das vezes, utilizada com um sentido amplo, que engloba três processos distintos: 1) a aproximação das legislações para que estas partilhem alguns traços mas mantenham a sua individualidade; 2) a uniformização das legislações, ou seja, o processo de tornar idênticas certas normas de certos sectores; 3) e a unificação que se traduziria na substituição de certas normas nacionais por um único preceito supranacional¹⁴⁸.

Parece-nos que o primeiro sentido poderá ser entendido como harmonização em sentido estrito. Entendemos que a harmonia (no geral e também no campo jurídico) pressupõe sempre a manutenção da individualidade daquilo que se aproxima. O que se pretende com a harmonização é que os seus objectos se relacionem, na falta de melhores expressões, de modo suave, sem sobressaltos e não que sejam iguais ou idênticos. Neste sentido podemos apontar o primeiro artigo do Título V relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça da Parte III do TFUE, que afirma que “a União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos *diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-membros*”. A prossecução do objectivo de construção daquele espaço passará, portanto, pelo respeito e manutenção das diferenças culturais e de sistemas de justiça.

Em terceiro lugar mas não menos importante é a existência de órgãos supranacionais, designadamente a Eurojust e a existência de uma norma habilitante que prevê a possibilidade de criação de uma Procuradoria Europeia. Trata-se de órgãos da União Europeia, ou seja de órgãos supranacionais, ainda que possam na sua disciplina jurídica dispor de regras que manifestem alguma reticência dos Estados-membros no avanço da integração penal europeia.

¹⁴⁷ Sobre este ponto, refere Ursula NELLES, *Definitions of harmonisation, in Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Ed. André Klip e Harmen van der Wilt, Amsterdam, 2002, p.32, que “no definite abstract definition can be found for the term”, já que a sua “research to establish the meaning of “harmony” and “harmonisation” in different disciplines led (...) to the conclusion that the states which are “harmonious” in, for instance, music, architecture, technical regulation and medicine are so different from each other that they can be interpreted only in a contextual way. It is the same with the process leading to these states, called “harmonisation”.

¹⁴⁸ Assim, John R. SPENCER, *Why is the harmonisation of penal law necessary?*, in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Ed. André Klip e Harmen van der Wilt, Amsterdam, 2002, p.43.

2. Relação entre as diversas vias

2.1. Na base do princípio do reconhecimento mútuo e como seu pressuposto inegável encontramos a ideia de confiança mútua “na pertinência das disposições legais de cada um dos Estados” e “na correcta aplicação dessas disposições”¹⁴⁹. Os Estados-membros apenas reconhecem as decisões uns dos outros porque confiam na existência de um património axiológico comum que, não obstante certas diferenças, se encontra na base das suas decisões. Acresce que o princípio do reconhecimento mútuo estabelecido entre os Estados-membros se justifica ainda pela consciência de que “o aprofundamento da integração económica e social e da mobilidade tornou evidente que a criminalidade da União Europeia não podia mais ser encarada senão como um problema comum a todos os Estados-membros”¹⁵⁰, implorando um estreitamento da cooperação.

Pelo que se disse, é de concluir que a aproximação das legislações penais internas dos Estados-membros e a cooperação são meios complementares de construção do espaço penal europeu, o que aliás é confirmado pelos instrumentos da União Europeia que se referem à questão bem como pelo próprio direito primário.

O motivo daquela complementaridade é lógico. É inegável que a proximidade das legislações é pressuposta à confiança em que a cooperação entre os Estados-membros assenta. A cooperação baseia-se no facto de os Estados-membros confiarem que há, no espaço europeu, uma partilha de valores essenciais, todavia essa confiança só existe porque, não obstante, o reconhecimento de diferenças inerentes a diferentes culturas e contextos, há uma proximidade dos valores fundamentais. A proximidade axiológica é, portanto, de importância primordial e é a harmonização que, entendida como aproximação das legislações (onde estão vertidos os princípios fundamentais de qualquer sistema jurídico) garante que, a um nível mais concreto, os Estados saibam que, efectivamente, podem confiar uns nos outros.

2.2. Isto não significa que a cooperação tenha de incluir, necessariamente, a harmonização.

A experiência já mostrou que embora sendo criticável é possível avançar na integração penal europeia apenas através da cooperação e do princípio do

¹⁴⁹ MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, *O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu*, in RPCC, Ano 14, Fasc.3.º, Julho-Setembro 2004, p. 328.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 328.

reconhecimento mútuo sem aproximar as legislações penais internas. Na sequência do programa adoptado, em Novembro de 2000, em que o Conselho identificou um conjunto de vinte e quatro medidas destinadas a dar execução ao princípio do reconhecimento mútuo¹⁵¹, surgiu a primeira aplicação concreta daquele princípio que se tornou paradigmática em relação ao princípio do reconhecimento mútuo: a Decisão-Quadro do Conselho relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-membros, aprovada em 13 de Junho de 2002, que tal como referido no considerando 2 se dirige à concreção do programa de medidas destinado a dar execução ao princípio do reconhecimento mútuo, em particular à oitava medida que referia “um regime de entrega que se baseie no reconhecimento e na execução imediata do mandado de detenção emitido pela autoridade judiciária requerente”. Pretendia-se com aquela medida criar um espaço jurídico com regras próprias relativamente à extradição¹⁵² e, de facto, a criação do mandado de detenção europeu foi o culminar de um processo que já desde a década anterior se verificava e que consistia na tentativa de simplificar os mecanismos tradicionais de cooperação, devido às exigências de um espaço com características próprias. Todavia, agora não estava em causa apenas simplificar institutos pré-existentes, mas antes a criação de algo novo.

Rege o n.º 2 do artigo 1.º da Decisão-Quadro que “os Estados-Membros executam todo e qualquer mandado de detenção europeu com base no princípio do reconhecimento mútuo (...)”^{153 154} que operou através do afastamento do tradicional

¹⁵¹ JO, série C, n.º 12, de 15 de Janeiro de 2001.

¹⁵² A Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, instituiu para o mandado de detenção europeu um regime jurídico que se afastou das regras da clássica extradição, designadamente do tradicional princípio da dupla incriminação, que deixou de operar em relação a um conjunto de trinta e dois domínios de criminalidade (n.º2 do artigo 2.º). Esta opção foi por muitos criticada por se considerar que assentar o princípio do reconhecimento mútuo na abolição da dupla incriminação foi e é dar prioridade àquilo que formalmente é considerado crime, ou seja, é relevar que algo é crime e não que crime é (em termos semelhantes, RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n. 4], p.72). Aquilo que se verificou foi portanto, “uma exasperação no *nomen iuris* em detrimento de um controlo que era sustentado em princípios indiscutivelmente, materiais. Nesse sentido e dentro desta perspectiva não interessa qual é o conteúdo material do crime, interessa sim saber que é “formalmente” crime” (COSTA, José de Faria, “A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não securitário”, RLJ n.º3934, Setembro-Outubro 2005, p. 29). Consequentemente, verifica-se um endurecimento do direito penal ao nível europeu, pois que se opta pelo “máximo denominador comum”, vingando os sistemas mais punitivos.

¹⁵³ Cfr., também, o Considerando 6 do preâmbulo. Aquele preceito foi seguido pela lei portuguesa ao transpor a Decisão-Quadro. Preconiza o n.º2 do artigo 1.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto (Diário da República, I Série-A, n.º 194, 23 de Agosto de 2003), que aprova o regime jurídico do mandado de detenção europeu, que “o mandado de detenção europeu é executado com base no princípio do reconhecimento mútuo (...)”.

princípio da dupla incriminação para um conjunto de trinta e dois domínios de criminalidade (n.º 2 do artigo 2.º). Deste modo, não se recorreu à proximidade dos ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros e decretou-se um reconhecimento mútuo automático, apenas condicionado a que fosse enquadrável dentro dos trinta e dois domínios referidos.

Ora dispensar uma referência expressa à harmonização enquanto meio através do qual se garante que as soluções concretas dos ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros se apoiam num património de valores e princípios iguais, e que portanto permite que haja um ambiente de profunda confiança entre esses Estados, é um erro e foi esse erro que se cometeu no domínio do mandato de detenção europeu.

De qualquer forma, e afastando-nos agora de casos concretos, o facto de cooperação judiciária assentar sobretudo no princípio do reconhecimento mútuo é uma demonstração de que os Estados consideram que existe uma base mínima comum, mas na verdade esta apenas pode ser garantida e fomentada através da progressiva aproximação das suas ordens jurídicas, pelo que à cooperação deve estar sempre subjacente a proximidade e a aproximação das legislações internas.

2.3. Dizer que a cooperação judiciária deve incluir sempre a harmonização das legislações penais internas dos Estados-membros, porque aquela sem esta não permite que se verifique o pressuposto essencial que consiste na confiança mútua, não significa que a harmonização tenha de ser uma via totalmente subordinada à cooperação, ou seja, que não possa ser autónoma. A via da harmonização pode, em teoria, revestir uma dupla natureza: ser, por um lado, o pilar complementar da cooperação; e, por outro, ser uma via autónoma na construção do espaço penal europeu.

No entanto se em teoria seria possível conceitualizar a harmonização como uma via com dupla natureza, na prática ela é somente uma via complementar ao princípio do reconhecimento mútuo e por extensão à cooperação judiciária, tal como determinado pelo título e redacção da Capítulo IV do Título V da Parte III do Tratado sobre o

¹⁵⁴ Posteriormente, outras Decisões-Quadro vieram dar aplicação prática ao princípio do reconhecimento mútuo, designadamente a Decisão-Quadro do Conselho relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas, de 22 de Julho de 2003 (JO, série L, n.º 196, de 2 de Agosto de 2003), a Decisão-Quadro do Conselho relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias, de 24 de Fevereiro de 2005 (JO, série L, n.º 76, de 22 de Março de 2005) e a Decisão-Quadro do Conselho, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda, de 6 de Outubro de 2006 (JO, série L, n.º 328, de 24 de Novembro de 2006).

Funcionamento da União Europeia e a própria consideração de que a harmonização não deve ser vista como um fim em si mesmo. Neste sentido, afirma Anabela Miranda RODRIGUES que,

“o n.º1 do art.82.º refere-se ainda à aproximação dos direitos penal e processual penal nacionais como “meios” (vias) de construção do espaço penal europeu. O estatuto da chamada “harmonização” do direito penal nunca foi muito claro (...). De qualquer modo, entendia-se que a harmonização não aparecia consagrada como “um objectivo em si mesmo”, relevando do âmbito da cooperação judiciária (...) e apontava-se-lhe um estatuto “subsidiário” (...). É este estatuto que hoje se mantém inalterado, surgindo a harmonização ao lado, não só da cooperação policial e judiciária, mas também do reconhecimento mútuo, no artigo 67.º, n.º3, TFUE, mas podendo dizer-se que se “reforça” o sentido de que não é um objectivo em si mesmo e releva da cooperação judiciária, uma vez que no actual n.º1 do art.82.º se dispõe (...) que a cooperação judiciária, que assenta no reconhecimento mútuo, “inclui” a aproximação penal e processual penal. Mantém-se, para além disso, o seu estatuto subsidiário”¹⁵⁵.

Concluindo, de modo definitivo, que,

“É uma inovação do Tratado de Lisboa, que vem encerrar a controvérsia sobre a base jurídica da aproximação neste domínio [direito processual penal] (...)”¹⁵⁶.

Efectivamente, pode ler-se no n.º1 do artigo 82.º que “a cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se refere o n.º2 e o artigo 83.º”. Assim se esclarece qual o estatuto da harmonização.

O facto de a harmonização não ser um meio autónomo de criação do espaço penal europeu não diminui a sua relevância para aquele mesmo espaço, afinal é através

¹⁵⁵ MIRANDA, Anabela Miranda, in PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *O Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, Janeiro 2012, p.429.

¹⁵⁶ MIRANDA, Anabela Miranda, *ibidem*, p.430, ponto 4.

dela que mais será possível desenvolver uma base mínima comum que seja expressão de um identidade penal europeia, que se desenvolva através da aproximação de aspectos fundamentais relativos às sanções e às infracções penais e de aspectos do processo penal. Não ser um meio autónomo de criação do espaço penal europeu não invalida que estejamos perante um dos principais eixos de florescimento daquele espaço.

2.3.1. A facilidade de circulação de pessoas, bens e capitais, a desmaterialização das trocas comerciais e financeiras e o desenvolvimento das chamadas TIC implica que juridicamente tenhamos “um espaço normativo, policêntrico, sem fronteiras e de uma pluralidade de actores, em que o direito penal também por aqui não escapa ao processo de desestadualização”¹⁵⁷. É que “o modelo tradicional valia para um espaço homogéneo, centrado nas instituições estaduais, era uma ordem normativa unificada, sistemática e hierarquizada” e embora este não tenha desaparecido “reconhece-se que é hoje “parasitado” por uma série de fenómenos”¹⁵⁸, dos quais se destaca o direito penal europeu¹⁵⁹.

É neste contexto que surge a harmonização do direito penal dos Estados-membros da União Europeia, enquanto mecanismo que simultaneamente dá resposta aos desafios colocados pela nova criminalidade e que desafia a tradicional visão do direito penal como direito intra-estadual¹⁶⁰, isto é de criação e aplicação por órgãos nacionais. Olhemos agora com alguma atenção para a harmonização das legislações penais internas.

2.3.1.1. Desde logo, é importante esclarecer que não há um direito penal supranacional. Não havia antes do Tratado de Lisboa e contrariamente ao que alguma doutrina previa, continua a não haver¹⁶¹.

¹⁵⁷ Apontando e desenvolvendo os factores que estiveram na origem do movimento de internacionalização do direito penal, RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.2], p. 229. A Autora refere: a circunstância de no pós II Guerra Mundial os Estados terem ganho consciência de que uma protecção adequada e eficaz do ser humano passava, necessariamente, por uma tutela internacional; a necessidade de abertura dos mercados e o terrorismo.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 225-226.

¹⁵⁹ Repare-se na utilização da expressão direito penal europeu, por oposição a direito europeu penal. Sobre isto, *idem*, *cit.* [n. 4], pp.13 (nota 1) e 14.

¹⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *cit.* [n.90], pp. 10, 12-13.

¹⁶¹ Atítulo de exemplo, SÁNCHEZ, María Acale, *Derecho penal y Tratado de Lisboa*, in Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º30, Año 12, Mayo/Agosto 2008, p.353, que afirma que o Tratado de Lisboa não resolve a “confusão” criada durante anos e que consistiria em afastar a possibilidade de *ius*

É generalizadamente aceite, já desde à muito, que a União Europeia não dispõe de competência penal, ou seja, de um “poder punitivo (...) para considerar como crimes certos comportamentos humanos e ligar-lhes sanções específicas”¹⁶².

Na doutrina portuguesa, ainda antes da criação do espaço de liberdade, segurança e justiça, Pedro CAEIRO, em específica referência à CE, considerava que as instituições comunitárias não dispunham de competência penal¹⁶³. Posteriormente, Anabela Miranda RODRIGUES foi perenptória ao afirmar que “não existe um direito comunitário ou europeu penal e, como tal, supranacional, que vincule imediatamente os Estados-Membros”¹⁶⁴. Por seu turno, Mário Ferreira MONTE, concordando com tal conclusão, afirmou que “as instituições europeias não têm poder de criar normas penais, à semelhança dos Estados-membros, que afectem directamente os cidadãos, o que o mesmo é dizer, que não têm poder legiferante em matéria de direito penal”¹⁶⁵.

Na doutrina estrangeira, a conclusão foi, maioritariamente, a mesma: nem a União Europeia nem a Comunidade Europeia dispunham de competência para criar normas penais (materiais ou processuais) que directamente vinculassem os cidadãos dos Estados-membros.

Também jurisprudencialmente se defendeu a inexistência de uma competência penal europeia. O TJ afirmou-o no acórdão Casati de 11 de Novembro de 1981; Lemmens de 16 de Junho de 1998; Comissão/Conselho de 13 de Setembro de 2005; e, por último, no acórdão Comissão/Conselho de 23 de Outubro de 2007 que embora tivesse anulado a Decisão Quadro 2005/667/JAI do Conselho, de 12 de Julho de 2005, destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios não deixou de reafirmar, no ponto 66, o que já tinha dito a propósito do acórdão de 2005, “o

puniendi europeu devido à violação do princípio da legalidade, concluindo pela (ainda) não criação de um direito penal europeu, defraudando assim, algumas expectativas.

¹⁶²DIAS, Jorge de Figueiredo, *cit.* [n.90], p.6.

¹⁶³ CAEIRO, Pedro, *Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia*, RPCC, Ano 6, fasc.2 (1996), Coimbra Editora, pp.195 ss..

¹⁶⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.4], p.14, nota 3 e pp. 29 ss. em que a Autora nos dá conta, por um lado, das diversas posições sobre esta questão e, por outro, dos principais argumentos mobilizados na discussão.

¹⁶⁵ MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.109],p.148-149. O Autor identificava três razões para apoiar a sua ideia: a primeira de natureza legal; a segunda, de natureza axiológico-material; e, por último, uma razão histórico-política. O primeiro obstáculo à competência penal da União seria a falta legitimação jurídica, isto é, a inexistência de uma disposição que expressamente previsse o poder de criar normas de conteúdo penal que directamente afectassem os cidadãos dos Estados-membros. Por outro lado, a UE carecia de legitimação axiológico-normativa pois não existia um catálogo de princípios e valores em que um sistema europeu de direito penal se pudesse apoiar. Por último, faltava aos Estados-membros vontade de transferir o poder punitivo para a União (pp.152-167).

legislador comunitário, quando a aplicação de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas pelas autoridades nacionais competentes constitua uma medida indispensável para lutar contra as infracções graves ao ambiente, pode impor aos Estados Membros a obrigação de instituir essas sanções para garantir a plena eficácia das normas que adopta nesse domínio”.

De facto, nem a Comunidade Europeia, nem a União Europeia dispunham (quanto à última, continua a não dispor) de competência penal, isto é, não existia um *ius puniendi* positivo. O que havia era uma “incidência [do direito comunitário] sobre o direito penal dos Estados-membros, ainda que se trate de uma incidência indirecta ou reflexa”¹⁶⁶.

Desde logo, verificava-se um *ius puniendi* negativo, isto é, um poder de determinar que certa conduta é legal ou que para essa mesma conduta não poderá ser cominada uma determinada sanção. O que está em causa é um poder de delimitação pela negativa do direito penal, é a determinação das condutas em relação às quais já não se pode recorrer a este ramo, portanto que não podem ser criminalizadas e, por outro lado, a determinação das sanções de que o direito penal não poderá fazer uso¹⁶⁷.

Em segundo lugar, verificava-se a existência de efeitos penais positivos, onde encontramos a assimilação e a harmonização.

Pressupondo, por um lado, a existência de uma norma de um ou dos Estados-membros que tutele um interesse do(s) mesmo(s) e, por outro lado, a existência de um interesse da Comunidade correspondente àquele que é protegido pela norma nacional, a assimilação consiste na assimilação do interesse comunitário pela norma nacional passando a estar também ele protegido por uma norma formal e materialmente interna. Não há portanto qualquer obrigação de criar normas penais nacionais para a tutela de interesses comunitários, pois estas são pré-existent¹⁶⁸, o que distingue a assimilação do outro efeito penal positivo da legislação comunitária e da União sobre o direito penal interno: a harmonização, como vimos, utilizada num sentido amplo para designar o processo de aproximação das legislações penais nacionais.

¹⁶⁶ CAEIRO, Pedro, *cit.* [n.163], p.190.

¹⁶⁷ Sobre o tema, CAEIRO, Pedro, *ibidem*, p.190 e RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n. 4], pp.88-90.

¹⁶⁸ É esta pré-existência que justifica que AA. como CAEIRO, Pedro, *ibidem*, p. 190 e RODRIGUES, Anabela Miranda, *ibidem*, p.92 considerem tratar-se de uma incidência indireta ou reflexa do direito comunitário no direito penal dos Estados-membros.

2.3.1.2. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia dispõe fundamentalmente o regime jurídico da harmonização em dois artigos: o artigo 82., n.ºs 1 e 2 e o artigo 83.º, n.ºs 1 e 2. Acresce o artigo 67.º do mesmo tratado, disposição que abre o capítulo relativo às disposições gerais do espaço de liberdade, segurança e justiça, cujo n.º3 refere a aproximação das legislações penais como meio de garantia de um elevado nível de justiça. Rege aquele preceito que “a União envida *esforços para garantir um elevado nível 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, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, *se necessário, através da aproximação das legislações penais*”¹⁶⁹.

A forma de encarar aquele preceito não é inequívoca, na medida em que podemos olhar de duas formas para ele: primeiro, como um artigo genérico que estabelece um princípio geral e que carece de concretização; ou, por oposição, como um artigo que embora estabeleça um princípio geral, não carece de qualquer concretização pois todos os pressupostos de que depende o seu funcionamento estão enunciados no seu articulado.

É necessário atentar, antes de mais, no enquadramento da dita norma. O artigo 67.º que retoma *ipsis litteris* o artigo III-257.º TECE é logo o primeiro artigo do Capítulo I do Título V que estabelece as disposições gerais para o espaço de liberdade, segurança e justiça, isto é que determina as regras e os princípios gerais que subjazem à disciplina jurídica de todas as matérias que constituem aquele espaço. Parece-nos por isso que o artigo 67.º, n.º3 estabelece um princípio geral de garantia de um elevado nível de segurança na União Europeia, mesmo que em termos de redacção pareça não haver inteira coincidência entre o objectivo do n.º3 do artigo 67.º e os aspectos em que de acordo com os artigos 82.º e 83.º se pode recorrer à harmonização.

Mais: se a intenção fosse condicionar a aproximação das legislações penais apenas ao necessário para garantir um elevado nível de segurança, porquê todos os requisitos presentes no n.º1 do artigo 83.º? É que o critério da gravidade do domínio de criminalidade em questão e o critério da necessidade de combater certas infracções parecem critérios que poderão, de facto, ser uma concretização da ideia de garantia da

¹⁶⁹ Sobre o que se segue, de forma desenvolvida, MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.109], pp.173-183.

segurança, mas o critério da dimensão transnacional não. De igual forma, o caso previsto no n.º2 do artigo 83.º também não se enquadra na lógica de segurança, mas sim na lógica da eficácia das políticas da União.

Finalmente, suponhamos que se tratava de uma norma que não carecia de qualquer outra(s) norma(s) de concretização: isso significaria que todo o regime jurídico da aproximação das legislações penais poderia estar contido no articulado do artigo 67.º, n.º3. Ora se atentarmos na redacção daquele número rapidamente nos apercebemos de que se determina um princípio para o qual é admitida a harmonização sem no entanto ser estabelecido qualquer limite, pelo que poderíamos concluir que, no limite, a harmonização poderia ser uma via utilizada, sem qualquer limitação, desde que justificada por um elevado nível de segurança¹⁷⁰.

Pelas razões expostas, consideramos que a garantia de um elevado nível de segurança é apenas *um* dos princípios gerais que está na base da harmonização, das medidas de coordenação e de cooperação entre autoridades policiais e judiciárias e outras autoridades competentes, bem como do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal. Aquele princípio encontra voz em algumas das soluções presentes nos artigos 82.º e seguintes que o concretizam e permitem que ele não opere por si só.

A disciplina jurídica essencial da harmonização está, portanto, nos artigos 82.º e 83.º.

No primeiro, refere-se a aproximação da legislação processual penal dos Estados-membros, através do estabelecimento de regras mínimas que podem incidir sobre a) a admissibilidade mútua dos meios de prova; b) os direitos individuais em processo penal; c) os direitos das vítimas de crimes; d) e outros aspectos do processo penal, identificados pelo Conselho numa decisão em que este órgão delibere por unanimidade. No artigo 83.º considera-se a harmonização do direito penal substantivo, estabelecendo-se uma lista de dez domínios passíveis de serem aproximados.

¹⁷⁰ É por este nosso raciocínio que a conclusão de MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.109], p. 183 nos deixa um pouco apreensivos. Diz o Autor o seguinte: “é como se o legislador pretendesse enunciar no artigo 67.º, como princípio geral, o empenhamento, a tarefa fundamental da União na prossecução da segurança, mas pormenorizando nos artigos 82.º e seguintes os termos exactos em que tal deve suceder. (...) *Na prática, contudo*, nada nos espantaria que certas medidas, tendentes à aproximação das legislações penais, fossem tomadas sem respeitar os limites dos artigos 82.º e seguintes, se as mesmas visassem garantir “em elevado nível de segurança”. Nesse caso, ainda assim teriam de respeitar certos limites dos direitos nacionais” (itálico nosso).

Retomando a ideia de complementaridade entre a harmonização e a cooperação judiciária, podemos dizer que o que está plasmado no artigo 82.º, n.º 1 mais não é do que a positivação desta constatação, algo de que não se deveria prescindir. Dispensar uma referência expressa à harmonização enquanto meio através do qual se garante que as soluções concretas dos ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros se apoiam num património de valores e ideias iguais seria um erro.

O n.º2 do artigo mencionado refere-se à aproximação do direito penal adjectivo, não se circunscrevendo às garantias processuais nos processos em que esteja em causa o princípio do reconhecimento mútuo. As alíneas em que o n.º2 se desdobra demonstram que se tem em vista a aproximação dos direitos processuais penais dos Estados, considerados na sua totalidade. E porque o domínio processual penal é um “direito vivo, muito ligado às práticas nacionais, que tendem a ser mantidas”¹⁷¹ o legislador da União teve o cuidado de relembrar o consagrado no artigo 67.º, n.º1 TFUE na parte final do n.º2 do artigo 82.º, quando preceitua que “essas regras mínimas [de aproximação do âmbito penal para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais] têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros”.

Sobre este ponto, Anabela Miranda RODRIGUES chama a atenção para uma questão relevante: este n.º2, apesar de enquadrável, a nosso ver, na harmonização por força da concretização presente no n.º1 do mesmo artigo, não utiliza as expressões “aproximação” ou regras mínimas “comuns”¹⁷².

A linha d) do n.º2, é uma das várias cláusulas *passerelle*¹⁷³ previstas no domínio da cooperação judiciária em matéria penal: admite-se que o Conselho identifique através de uma decisão, em relação à qual delibere por unanimidade após aprovação do Parlamento Europeu, outros elementos específicos do processo penal para poderem ser alvo do estabelecimento de regras mínimas pela e da União, nos termos do n.º2.

O artigo 83.º trata da aproximação do direito penal substantivo interno dos Estados-membros. Nele define-se, no n.º1, um catálogo de dez domínios¹⁷⁴ em que o

¹⁷¹ FLORE, Daniel *apud* RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.155], p.431.

¹⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda, *ibidem*, p.431.

¹⁷³ HOUSE OF LORDS, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, Volume I: Report, consultado em <http://www.just.ro/Portals/0/Analiza%20aprofundat%C4%83%20a%20impactului%20Tratatului%20de%20la%20Lisabona.pdf>, a 12 de Outubro de 2012, p.132.

¹⁷⁴ O actual regime retomou o que foi proposto pelo TECE no artigo III-271.º em que se identificavam os domínios de “criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça”: terrorismo, tráfico de

Parlamento Europeu em co-decisão com o Conselho (ou seja através do procedimento legislativo ordinário), pode adoptar directivas¹⁷⁵ em que estabeleça regras mínimas relativas aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis àqueles domínios.

Partindo da ideia de criminalidade grave com dimensão transfronteiriça determinam-se os critérios com base nos quais aquela deve ser aferida: a natureza ou a incidência dessas infracções; e, a especial necessidade de as combater¹⁷⁶. Pressupondo aqueles critérios, identificam-se os domínios em que a União pode estabelecer regras mínimas relativas às infracções penais e sanções: o terrorismo; tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças; tráfico de droga e de armas; branqueamento de capitais; corrupção; contrafacção de meios de pagamento; criminalidade informática; e criminalidade organizada^{177 178}.

A maioria dos domínios da criminalidade referidos “já está coberta por legislação anterior ao Tratado de Lisboa, que foi ou está a ser actualizada”^{179 180}.

seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.

¹⁷⁵ Segundo os artigos 82.º, n.º2 e 83.º, n.ºs 1 e 2, o legislador da União Europeia na aproximação das legislações penais fará uso da directiva que, nos termos do artigo 288.º, §3, “vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. Este dado ajuda na compreensão da expressão *regras mínimas*.

A directiva, como vimos *supra*, é, em termos gerais, um acto pelo qual o legislador europeu, através do procedimento legislativo ordinário ou de um procedimento especial, fixa um resultado que deve ser alcançado pelos Estados destinatários, permitindo-lhes que sejam eles a decidir qual a forma e os meios que deverão utilizar para alcançar o objectivo definido na directiva. A directiva “deve bastar-se o quanto possível com a definição do (...) travejamento necessário para a tipificação, deixando aos Estados a definição do conteúdo dos tipos” e isto porque “os Estados não quiseram transferir todo o poder para a União, sobretudo agora que alargam os domínios em que esta pode definir regras mínimas dos tipos e das sanções” (MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.109], p. 212).

¹⁷⁶ Também RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.155], p.436, ponto 3, parece entender que se trata de três critérios distintos.

¹⁷⁷ Numa Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, a Comissão afirmou tratar-se de uma lista de “dez infracções específicas (os chamados «eurocrimes») (...) infracções que, por definição, e devido à sua natureza particularmente grave e à sua dimensão transfronteiriça, merecem uma abordagem ao nível da UE” - COM (2011) 573 final, pp.5-6 (negrito do texto original). No mesmo sentido vai Morales PRATS, embora falando em *euodelitos* (*apud* MONTE, Mário Ferreira, *ibidem*, p.209).

¹⁷⁸ Considerando que no artigo 83.º, n.º 1 “o Tratado de Lisboa reconhece no seu interior um catálogo fechado de *bens jurídicos de natureza puramente europeia*”, SÁNCHEZ, María Acale, *cit.* [n. 161], p. 358 (itálico nosso).

¹⁷⁹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 20 de Setembro de 2011, p. 6.

¹⁸⁰ Entre 2000 e a entrada em vigor do Tratado de Lisboa destacaram-se Decisão-quadro do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o reforço da protecção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da

Segundo o §3, o Conselho, deliberando por unanimidade e após aprovação do Parlamento Europeu, pode adoptar decisões em que identifique novos “domínios de criminalidade que preencham os requisitos referidos no presente número [artigo 83.º]”. Deve entender-se que a remissão é para a parte final do § 1, isto é para os critérios da “criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater”.

introdução do euro, através de sanções penais e outras (JO, série L, n.º140, 14 de Junho de 2000), alterada pela Decisão-quadro do Conselho, de 6 de Dezembro de 2001 (JO, série L, n.º 329, 14 de Dezembro de 2001); Decisão-quadro de Conselho de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal (JO, série L, n.º 82, 22 de Março de 2001); Decisão-quadro do Conselho de 28 de Maio de 2001 relativa ao combate à fraude e à contrafacção de meios de pagamento que não em numerário (JO, série L, n.º 149, 2 de Junho de 2001); Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (JO, série L, n.º 182, 5 de Julho de 2001); Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa às equipas de investigação conjuntas (JO, série L, n.º 162, 20 de Junho de 2002); Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo (JO, série L, n.º 164, 22 de Junho de 2002), alterada pela Decisão-quadro do Conselho, de 28 de Novembro de 2008 (JO, série L, n.º 330, 9 de Dezembro de 2008); Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-membros (JO, série L, 18 de Julho de 2002); Decisão-quadro do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos (JO, série L, n.º 203, 1 de Agosto de 2002); Decisão-quadro do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (JO, série L, n.º 328, 5 de Dezembro de 2002); Decisão-quadro do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado (JO, série L, n.º 192, 31 de Julho de 2003), substituída pela Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2010, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas JO, série L, n.º 102, 15 de Abril de 2011); Decisão-quadro do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal (JO, série L, n.º 29, 5 de Fevereiro de 2003), anulada pelo Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de Setembro de 2005; Decisão-quadro do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa á execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas (JO, série L, n.º 196, 2 de Agosto de 2003); Decisão-quadro do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (JO, série L, n.º 13, 20 de Janeiro de 2004), substituída pela recente Directiva 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 (JO, série L, n.º 335, 17 de Dezembro de 2011); Decisão-quadro do Conselho, de 25 de Outubro de 2004, que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga (JO, série L, n.º 335, 11 de Novembro de 2004); Decisão-quadro do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa à perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime (JO, série L, n.º 68, 15 de Março de 2005); Decisão-quadro do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação (JO, série L, n.º 69, 16 de Março de 2005); Decisão-Quadro do Conselho, de 12 de Julho de 2005 (JO, série L, n.º 255, 30 de Setembro de 2005), destinada a reforçar o quadro penal para a repressão da poluição por navios (entretanto anulada pelo Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 23 de Outubro de 2007); Decisão-quadro do Conselho, de 24 de Outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada (JO, série L, n.º 300, 11 de Novembro de 2008); Decisão-quadro 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 (JO, série L, n.º 328, 6 de Dezembro de 2008).

Preceitua-se no n.º 2 do artigo 83.º que poderão ser estipuladas regras mínimas quanto à definição de infrações penais e de sanções em áreas que tenham sido alvo de harmonização, quando isso se revele necessário para executar eficazmente as políticas adoptadas nesses domínios, falando a este propósito Klaus TIEDEMANN de “competência anexa” e Daniel FLORE de “direito penal apêndice”¹⁸¹. Estamos perante uma norma que instrumentaliza o direito penal à eficácia das políticas europeias e em que, em vez de bens jurídicos europeus, teríamos bens jurídicos *europizados*¹⁸².

Numa comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, a Comissão¹⁸³ exemplificou algumas das medidas que poderão ser tomadas, referindo, entre outras, as áreas do transporte rodoviário, a política das pescas e a proteção de dados.

Uma outra questão importante relaciona-se com interpretação da expressão “regras mínimas”, apelidada por Anabela Miranda RODIGUES de um “clássico”¹⁸⁴ e que a autorizada Autora considera não poder traduzir-se numa “harmonização autêntica”¹⁸⁵, é a de se se deverá entender que o estabelecimento de regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções significa a definição de uma disciplina jurídica de base, comum aos vários Estados-membros e que pode dizer respeito tanto aos limites mínimos como aos limites máximos das incriminações e sanções penais, ou se se deverá fazer uma interpretação mais restritiva e considerar que a expressão “regras mínimas” se traduz na possibilidade de estabelecer, através das directivas, apenas o limite mínimo das infracções e sanções penais¹⁸⁶. Inclino-nos para a primeira alternativa.

2.3.1.2.1. A propósito da alínea d) do n.º1 do artigo 83.º, María Acale SÁNCHEZ¹⁸⁷ afirma que a referência à criminalidade organizada é “puramente reiterativa”, mas por outro lado, também abre as portas a toda a criminalidade organizada, ainda que reconheçamos que a necessidade sentida de identificar os domínios em que pode haver aproximação bem como os critérios que permitem identificar aqueles domínios

¹⁸¹ *Apud* RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.*, [n.155], p.437.

¹⁸² SÁNCHEZ, María Acale, *cit.* [n.161], pp.365 ss..

¹⁸³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 20 de Setembro de 2011 – COM (2011) 573 final.

¹⁸⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ibidem*, p.438.

¹⁸⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, *Ibidem*, p.438.

¹⁸⁶ Sobre a questão, MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.109], pp.213-215.

¹⁸⁷ SÁNCHEZ, María Acale, *ibidem*, p.363.

concordam com o princípio fundamental da União Europeia presente no artigo 5.º, n.ºs 1 e 3 TUE e que é o princípio da subsidiariedade. Por outro lado, é necessário notar que este, por sua vez, joga bem com o critério da carência penal que subjaz a toda a actuação penal^{188 189} e que, já em 1992, Almeida COSTA considerava ser um princípio basilar na construção de um direito penal europeu¹⁹⁰. Na verdade, o princípio da *ultima ratio*, princípio fundamental presente na maioria dos países¹⁹¹ e que consiste no critério da *carência de tutela penal* deve ser respeitado no domínio da actuação da UE, isto é, também a União deve pautar a sua actuação pelo princípio segundo o qual o direito penal é um ramo de direito ao qual se recorre apenas quando as restantes formas de reacção jurídica não são adequadas, o que importa quando se reflecte sobre a criação de um espaço penal comum.

Precisamente no mesmo mês em que o Tratado de Lisboa entrou em vigor foi publicado um *Manifesto sobre Política Criminal Europeia* em que um grupo de académicos, de várias nacionalidades, assinalava os princípios e orientações que deveriam conduzir a política criminal europeia¹⁹². “Since the European Union places the

¹⁸⁸ A este propósito é valiosa a lição de Jorge de Figueiredo DIAS: “o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico dotado de dignidade penal; mas que a esta noção tem de acrescer ainda um qualquer **outro critério** que torne a criminalização legítima. Este critério adicional é (...) o da *necessidade (carência) de tutela penal* (...). Nesta precisa acepção o direito penal constitui, na verdade, a **ultima ratio** da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente **subsidiária**. (...) Neste sentido se pode e deve afirmar, em definitivo, que a função precípua do direito penal (...) reside na tutela **subsidiária (de ultima ratio) de bens jurídico-penais** (DIAS, Jorge de Figueiredo, *cit.* [n.90], pp.127-129 (negritos e itálicos do Autor)).

¹⁸⁹ O princípio da subsidiariedade e o princípio da *ultima ratio* não são sinónimos e embora ambos se refiram a uma actuação como último recurso, no primeiro está em causa, no âmbito das competências partilhadas entre a União Europeia e os Estados-membros, a actuação da primeira apenas se os seus objectivos não puderem ser melhor alcançados através da actuação das entidades centrais ou locais dos Estados-membros (nos termos do artigo 5.º, n.º3 TUE “a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”) e no segundo está em causa o facto de ao Direito Penal apenas se recorrer quando os restantes ramos jurídicos não sejam capazes de dar uma resposta conveniente a uma acção ilegal.

¹⁹⁰COSTA, António Manuel de Almeida, *Alguns princípios para um direito e processo penais europeus*, (Relatório português para as «Jornadas Latinas de Direito Penal e Defesa Social», que decorreram em Setembro de 1992, publicado em) RPCC, Ano 4, fasc. 1, 1994, pp. 205-206.

¹⁹¹OUWERKERK, Jannemieke W., *Criminalisation As a Last Resort: A National Principle under the Pressure of Europeanisation?*, New Journal of Criminal Law, Volume 3, 2012, 03-04, Special Edition – The Future of Criminalisation after Lisbon, Intersentia, p.229.

¹⁹² O “*Manifesto on European Criminal Policy*” foi um projecto de investigação internacional que juntou catorze professores universitários, de dez Estados-membros e cujo trabalho final foi publicado num jornal online alemão e posteriormente, com algumas adaptações, no jornal *European Criminal Law Review* em

individual centre stage, the European legislator may only demand that an act be criminalised if it is necessary in order to protect a fundamental interest, and if all other measures have proved insufficient to safeguard that interest”, foi a forma usada no documento final para justificar o segundo princípio indicado, precisamente, o princípio da *ultima ratio*¹⁹³.

Também às instituições comunitárias não passou despercebida esta temática e nas disposições modelo que o Conselho elaborou para orientar as suas deliberações no domínio penal, indicou, logo na sua primeira conclusão, que “criminal law provisions should be introduced when they are considered essential in order for the interests to be protected and, as a rule, be *used only as a last resort*”¹⁹⁴.

2.4. Ao lado da cooperação judiciária entre os Estados-membros e da harmonização (e quase do princípio de reconhecimento mútuo) em matéria penal surge a previsão de órgãos da União Europeia: a Eurojust e a Procuradoria Europeia. A natureza supranacional, *rectius* a vertente supranacional destes órgãos é o ponto que pretendemos realçar porque é revelador da intenção de criar um espaço próprio da União Europeia. Através da Eurojust e de uma eventual Procuradoria Europeia avançaríamos ainda mais na integração penal europeia, criando órgãos com competências de cooperação e de coordenação directa e de combate às infracções lesivas dos interesses financeiros da União, em relação aos quais se poderia falar de uma “aproximação à unificação”¹⁹⁵.

Na Eurojust a intenção é criar um órgão da União, isto é criar um órgão cuja identidade se estabelece por referência à União Europeia e cujas funções podem ter incidência directa nas investigações e acções penais nos Estados-membros. De igual forma, a Procuradoria Europeia assume os interesses financeiros da União Europeia

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201112/20111207ATT33475/20111207ATT33475EN.pdf>, consultado a 29 de Março de 2013).

¹⁹³ *Manifesto on European Criminal Policy*, p. 3. Ao lado do princípio da *ultima ratio* foi referido o princípio da subsidiariedade – recordar o que se disse na nota 189 - (indicado no quinto ponto) cujo conteúdo se traduzia na circunstância de “the EU legislator may take action only on the condition that the goal pursued (1) cannot be reached more effectively by measures taken at national level and (2) due to its nature or scope can be better achieved at Community level” (p. 6.).

¹⁹⁴ Council Conclusions on model provisions, guiding the Council’s criminal law deliberations, de 30 de Novembro de 2009, disponível em http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/111543.pdf, consultado a 29 de Março de 2013, p.2 (itálico nosso).

¹⁹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.4], p.345.

enquanto organização distinta de cada um dos Estados-membros individual ou colectivamente considerados.

2.4.1. A Eurojust foi criada por Decisão do Conselho em Dezembro de 2000¹⁹⁶ e o seu regime jurídico está na Decisão do Conselho relativa ao reforço da Eurojust, de 16 de Dezembro de 2008¹⁹⁷, no Acto de Instância Comum de Controlo da Eurojust¹⁹⁸ e no artigo 85.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Estipula o artigo 85.º TFUE que a missão da Eurojust é “apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da acção penal em matéria de criminalidade grave que afecte dois ou mais Estados-Membros ou que exija o exercício de uma acção penal assente em bases comuns” (n.º1, §1), podendo, para tal, ser-lhe atribuída funções de: a) abertura de investigações criminais e a proposta de instauração de acções penais conduzidas pelas autoridades nacionais competentes; b) coordenação das investigações e das acções penais referidas anteriormente; c) e, reforço da cooperação judiciária, inclusive mediante a resolução de conflitos de jurisdição e uma estreita cooperação com a Rede Judiciária Europeia (n.º1, §2). Enfatize-se a utilização por este preceito da expressão “as funções da Eurojust *podem* incluir...”, pelo que o catálogo apresentado não é exaustivo, ainda que seja sempre necessário respeitar a condição imposta no §1: tratar-se de “criminalidade grave que afecte dois ou mais Estados-Membros ou que exija o exercício de uma acção penal em bases comuns”¹⁹⁹.

Não obstante com este órgão se ter pretendido ultrapassar “uma lógica de cooperação entre autoridades nacionais em benefício de uma lógica de integração, apelando a um órgão europeu”²⁰⁰, é importante notar que não estamos aqui perante um Ministério Público Europeu, sendo este órgão composto “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 equivalentes” (artigo 2.º, n.º 1 da Decisão do Conselho relativa ao reforço da Eurojust), o que se justifica pelo facto de

¹⁹⁶ JO, série L, n.º324, de 21 de Dezembro de 2000.

¹⁹⁷ JO, série L, n.º138, de 4 de Junho de 2009, que altera a Decisão do Conselho, de 28 de Fevereiro de 2002 (JO, série L, n.º63, de 6 de Março de 2002).

¹⁹⁸ Acto de Instância Comum de Controlo da Eurojust, de 23 de Julho de 2009, que aprova o Regulamento Interno da Eurojust.

¹⁹⁹ Neste sentido, MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.109], p.193.

²⁰⁰ Sobre a Eurojust, MONTE, Mário Ferreira, *ibidem*, p.193; e, RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.4], pp. 77 ss. e 337 ss..

em alguns Estados-membros não ser nem o ministério público nem o juiz de instrução a dirigir a investigação penal. Assim sendo, a Eurojust é um órgão europeu mas cuja composição respeita as categorias de sujeitos processuais com funções de investigação nas acções penais.

Por outro lado, é importante esclarecer que apesar de estarmos perante um órgão com uma vertente supranacional, na medida em que é, antes de mais, um órgão da União Europeia, é-lhe apontada uma “natureza híbrida”²⁰¹ pelo facto de simultaneamente ser um órgão da União e uma “interface entre os EM”²⁰² no seu relacionamento com os vários Estados-membros já que actua através dos respectivos representantes nacionais, o que diverge da sua actuação enquanto colégio em que actua através de qualquer dos seus membros. Daqui decorre o que se chama de “plasticidade”²⁰³ deste órgão. A Eurojust é composta por membros nacionais e a esses membros reconhece-se um duplo “estatuto”: o estatuto de membro da Eurojust e o estatuto de nacional, que é determinado pelo direito interno de cada Estado-membro (artigo 9.º - A) da Decisão do Conselho relativa ao reforço da Eurojust)²⁰⁴.

2.4.2. Por seu turno, o artigo 86.º TFUE consagra a possibilidade de se instituir uma Procuradoria Europeia²⁰⁵ cuja missão será o combate às infracções lesivas dos interesses financeiros da UE (n.º1) e, eventualmente, o combate à criminalidade grave com dimensão transfronteiriça se o Conselho Europeu adoptar uma decisão que assim o estabeleça (n.º4). Para cumprir a sua função, aquele órgão será “competente para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento (...) os autores e cúmplices das infracções lesivas dos interesses financeiros da União” estipulados no regulamento que

²⁰¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n.155], p.443, ponto 5.

²⁰² RODRIGUES, Anabela Miranda, *ibidem*, p.443, ponto 5.

²⁰³ RODRIGUES, Anabela Miranda, *ibidem*, p.443, ponto 5.

²⁰⁴ Em Portugal, como já referimos, o estabelecimento de normas de execução da Decisão relativa à Eurojust (de 2002) coube à Lei n.º 36/2003, de 22 de Agosto (Diário da República, I série, A, n.º193 de 22 de Agosto de 2003).

²⁰⁵ Recentemente, a Comissão Europeia apresentou uma proposta para a criação deste órgão, mais concretamente a 17 de Julho de 2013 (COM (2013) 534 final). De acordo com o n.º1 do artigo 4.º da proposta, a função da Procuradoria Europeia “shall be to combat criminal offences affecting the financial interests of the Union”. No n.º2 determina-se que “the European Public Prosecutor’s Office shall be responsible for *investigating, prosecuting and bringing to judgment* the perpetrators of, and accomplices in the criminal offences referred to in paragraph 1. In that respect the European Public Prosecutor’s Office shall *direct and supervise investigations, and carry out acts of prosecution, including the dismissal*” (itálicos nossos).

institua a Procuradoria Europeia, bem como a acção pública relativa àquelas infracções, perante os órgãos jurisdicionais nacionais competentes.

É aqui evidente o reconhecimento da existência de interesses (financeiros, neste caso) da União enquanto entidade internacional distinta dos seus Estados-membros individualmente considerados, que carecem de tutela penal adequada²⁰⁶. O denominador comum entre a Procuradoria Europeia e a Eurojust é, portanto, a intenção supranacional que reside no reconhecimento de interesses, *rectius* de bens jurídicos especificamente da União Europeia (repare-se que nos referimos, dentro do espaço europeu, à UE), que reclamam uma tutela garantida por órgãos, também eles de cariz supranacional.

C) Conclusões parciais

Os eixos de construção do espaço penal europeu, no seu conjunto, têm no seu âmago o aprofundamento da integração penal europeia porque mesmo quando está em causa o princípio do reconhecimento mútuo, basilar na cooperação, assiste-se à criação de um espaço em que a cooperação entre as autoridades nacionais é maior e mais próxima do que em qualquer outro contexto de cooperação internacional judiciária penal. Ou seja, subjacente aos meios de construção de um espaço penal europeu está a edificação de um espaço em que através da criação de um direito penal europeu, quer através do estabelecimento de laços mais estreitos de cooperação, se pretende criar um espaço que se diferencie de outras formas de cooperação internacional em matéria penal e da multiplicidade de sistemas jurídico-penais dos Estados-membros, individualmente considerados (embora aqui, isso se consiga, é certo, mais através da criação de um direito penal europeu e de órgãos e estruturas supranacionais do que através da cooperação).

Almeja-se a criação de uma identidade da União Europeia (e não, europeia) que se reflecta no âmbito penal. Materialmente, portanto, o objectivo é construir um espaço em que impere a identidade da União que será, no domínio penal, criada: a) pela existência de regras mínimas de direito penal substantivo e adjectivo, que sejam comuns aos vários Estados-membros; b) pela existência de formas de cooperação entre os

²⁰⁶ Sobre isto, MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.109], pp.195-196, explica o significado da Procuradoria Europeia para o direito penal substantivo, nos seguintes termos: “tais interesses, enquanto são da União, diferenciam-se de idênticos interesses dos Estados de *per si*. Recebem uma importância própria, têm uma identidade jurídica assumida e tipicamente europeia. O que significa que (...) reconhecem que os interesses financeiros da União constituem um bem jurídico com um recorte tal que deve impor uma tutela específica”.

Estados-membros próprias da União Europeia e que se diferenciam e distanciam de outros mecanismos e instrumentos usados no âmbito de outros contextos de cooperação internacional judiciária em matéria penal; c) e, finalmente, pela existência e possibilidade de criar mais órgãos supranacionais, de tutela de bens jurídicos próprios da UE.

O que se disse, não significa que o objectivo seja criar um direito europeu penal, em detrimento dos direitos penais internos. As diferenças entre as várias ordens jurídicas têm de ser mantidas e respeitadas, tal como consagrado no n.º1 do artigo 67.º TFUE (“A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, *no respeito* dos direitos fundamentais e *dos diferentes sistemas e tradições jurídicas* dos Estados-Membros”). Só que ao lado destas várias e diversificadas culturas e sistemas jurídicos, cria-se uma identidade e sistema jurídico-penal europeu, ainda que mínimo e complementar daquelas.

Do ponto de vista material, cada um dos eixos analisados aponta para a criação de algo próprio da União Europeia. Desde logo, a harmonização cria um direito penal europeu, na vertente substantiva com o estabelecimento de regras mínimas quanto às infracções penais e às sanções relativas a uma lista de dez domínios de criminalidade, em que podemos identificar bens jurídicos próprios da União, e na vertente processual também com o estabelecimento de regras mínimas. Na cooperação judiciária criam-se mecanismos distintos dos instrumentos clássicos de cooperação. Finalmente, com a criação de órgãos supranacionais, reconhece-se a existência de bens jurídicos próprios da UE cuja protecção deve ser garantida através de órgãos com uma natureza condizente.

Porque a intenção não é todavia criar um espaço unificado, homogéneo de direito e justiça penais, o instrumento jurídico escolhido para aproximar os direitos penais internos dos Estados-membros, que já estudámos na Secção II, são as directivas que se caracterizam por estabelecer meras obrigações de resultado, permitindo que no acto de transposição para o direito interno os Estados adequem a proposta europeia aos seus ordenamentos jurídicos. Por outro lado, o eixo da cooperação mantém-se e assume o protagonismo. Ora, se conjugarmos o já reproduzido artigo 67.º, n.º1 TFUE com o facto de a cooperação se revelar a via dominante, é lógica a conclusão que não se pretende criar um espaço unificado e uniforme de direito europeu penal, o que aliás nem seria possível desde logo pela falta de competência penal da União.

Não se pretende um espaço penal europeu homogéneo, mas pretende-se ainda assim um espaço penal europeu que seja comum pelo que se aplica aqui a ideia de comunitarização material. É óbvio que é nestes eixos que se verificou a aplicação do método comunitário, pois se se comunitarizou o espaço penal europeu, então foi através da comunitarização dos meios através dos quais aquele espaço se vai realizando. Todavia, mais do que sofrer essa comunitarização formal, estas vias, no seu espírito e regime jurídico são reveladoras da intenção de criar um espaço comum, pelo que podemos dizer que nelas está presente uma intenção de comunitarização material.

CAPÍTULO II

OS ELEMENTOS DE DIFERENCIAÇÃO

SECÇÃO I

AS CATEGORIAS DE DIFERENCIAÇÃO NO PANORAMA EUROPEU

A) Introdução

O propósito desta secção é proceder à clarificação conceptual dos termos e expressões que utilizaremos ao longo da secção seguinte e que já utilizámos na Parte I do nosso estudo.

Já estudámos, ainda que de forma breve, o chamado método comunitário para compreender o que está envolvido quando a doutrina refere a comunitarização de uma determinada política da União Europeia. Com aquela base, de cariz geral, procedemos à transposição da ideia de método comunitário para o domínio penal e partimos para o estudo da dita comunitarização do espaço penal europeu.

Agora pretendemos estudar alguns dos conceitos que actualmente compõem o debate relativo à integração e crise europeias. Não se trata de conceitos recentes, mas a verdade é que estão em voga e são conceitos que exprimem a ideia de diferenciação presente não só mas também no espaço penal europeu. Não obstante a ideia de diferenciação não ser nova, em relação aos diversos conceitos que foram surgindo para traduzir os diferentes modos através dos quais ela poderia ocorrer reina a confusão, não existindo consenso quanto às suas definições.

Consideramos fundamental concretizar a ideia de diferenciação e de esclarecer qual o nosso entendimento sobre os conceitos de “Europa a várias velocidades”, “geometria variável” e “Europa à *la carte*”, de modo a poder compreender em qual desses conceitos poderemos integrar os mecanismos e instrumentos de diferenciação presentes no regime jurídico do espaço penal europeu e que poderão significar, ou não, que efectivamente se comunitarizou aquele espaço.

B) As categorias de diferenciação na União Europeia

Parece que a ideia de diferenciação sempre esteve presente no debate sobre a integração europeia, fosse pela circunstância de se reconhecerem e pretenderem manter as diferenças entre os povos e culturas dos Estados que compõem a Europa, fosse pela defesa da existência de uma identidade europeia não obstante o reconhecimento daquelas diferenças, fosse, já no domínio específico da Comunidade (Económica) Europeia e da União Europeia, pela necessidade de permitir um grau diferente de integração de Estado para Estado, consoante o nível de desenvolvimento e a vontade de cada um desses Estados; enfim, a questão da diferenciação sempre foi considerada quando o tema é a integração europeia, embora sob diferentes perspectivas e resultando em diferentes entendimentos.

Do ponto de vista da literatura académica, durante muito tempo foram escassos os estudos relativos ao fenómeno da integração europeia diferenciada. Na sequência do relatório que o federalista Leo TINDEMANS apresentou ao Parlamento Europeu do Luxemburgo, destacaram-se apenas os estudos de DAHRENDORF, GRABITZ, EHLERMANN e de H. WALLACE. Em 1994, uma proposta dos partidos alemães CDU/CSU deu novo folgo à discussão do tema. Vários estudos se destacam nesta fase, nomeadamente os estudos de Claus Dieter EHLERMANN (“Increased Differentiation or Stronger Uniformity?”; e “Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The new provisions of the Amsterdam Treaty”) e de Alexander C-G. STUBB (“A Categorization of Differentiated Integration”) dedicados, desde logo, à clarificação da vasta terminologia relativa ao fenómeno de integração diferenciada.

É vasta a panóplia de conceitos que ao longo dos anos foi proposta para traduzir as configurações que a integração diferenciada pode assumir. Assinalamos as expressões “Europa a várias velocidades” (“multi-speed Europe”), “Europa a duas velocidades” (“two-speed Europe”), “geometria variável” (“variable geometry”),

“Europa *à la carte*”, “círculos concêntricos” (“concentric circles”), “*opt-in*”, “*opt-out*”, “*opt-up*”, “*opt-down*”, etc.^{207 208}. Seguindo a estrutura utilizada por Claus Dieter EHLERMANN e Alexander C-G. STUBB, centraremos o nosso estudo em três categorias fundamentais: “Europa a várias velocidades”, “geometria variável” e “Europa *à la carte*”.

1. “Europa a várias velocidades”

De acordo com Alexander C-G. STUBB, a expressão “Europa a várias velocidades” deve ser entendida como “mode of differentiated integration according to which the pursuit of common objectives is driven by a core group of Member States which are both able and willing to pursue some policy areas further, the underlying assumption being that the others will follow later”^{209 210}.

Na verdade, em relação ao núcleo central parece haver consenso: o que está em causa nesta expressão é a circunstância de a diferenciação na integração ser meramente temporária²¹¹. Os Estados que simultaneamente queiram e estejam preparados para avançar num determinado domínio fazem-no enquanto os restantes Estados se preparam para integrar essa nova fase quando preencherem as condições necessárias. Não é portanto uma diferenciação permanente mas sim uma diferenciação ao serviço do avanço da integração, porquanto pretende garantir que este não é obliterado pela incapacidade de alguns Estados avançarem, sempre na pressuposição de que em algum momento todos os Estados-membros estarão no mesmo patamar de cooperação.

²⁰⁷ Optámos por traduzir para português as expressões inglesas apenas quando considerámos que o correspondente na língua portuguesa traduz, na íntegra, o significado original. Uma compilação das expressões utilizadas, em inglês, francês e alemão encontra-se em STUBB, Alexander C-G, *cit.*, [n.17], pp. 283-284.

²⁰⁸ Recorde-se o que se disse logo na Introdução, na nota 1, relativamente à utilização das denominações direito penal *européu* e espaço penal *européu*, uma vez que essas considerações são agora pertinentes. As expressões referidas nesta fase do nosso estudo (“Europa a várias velocidades”, “geometria variável” e “Europa *à la carte*” são denominações de fenómenos relativos à União Europeia.

²⁰⁹ STUBB, Alexander *ibidem*, p.287.

²¹⁰ Esta expressão é muitas vezes entendida no sentido de “Europa de várias/duas *classes*”, o que justifica o facto de a primeira reacção ser a da rejeição imediata da ideia. Também por isso se revela essencial uma boa compreensão dos conceitos que agora estudamos. Sobre isto PIRIS, Jean Claude, *The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?*, Cambridge University Press, 2012, pp. 6 ss..

²¹¹ Afirmando, precisamente, que não discorda da definição de Alexander C-G STUBB, EHLERMANN, Claus Dieter, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, EUI Working Paper RSC N.º95/21, disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/1396/95_21.pdf?sequence=1, consultado a 31 de Agosto de 2013. Cfr. também, *idem, cit.* [n.30], p.247.

Dentro deste conceito, enquadra-se a expressão “Europa a duas velocidades”. Enquanto a ideia de “Europa a várias velocidades” permite que a prossecução de novos objectivos seja feita por vários grupos de Estados-membros com composições variadas de domínio para domínio, na ideia de “Europa a duas velocidades” apenas pode existir um grupo que avance mais rapidamente em todos os domínios em que são traçados objectivos cuja prossecução não pode ser feita por todos ao mesmo tempo. Ou seja, a primeira expressão permite a criação de uma multiplicidade de grupos de Estados-membros que avancem na integração nos diversos domínios em que novos objectivos sejam almejados. Num sentido mais específico e restritivo vai a segunda expressão que apenas permite a existência de um grupo na vanguarda de novas metas.

2. “Geometria variável” e “Europa à la carte”

Se em relação ao núcleo das denominações “Europa a várias velocidades” parece não haver dúvidas, o mesmo não se pode dizer das designações “geometria variável” e “Europa à la carte”.

A expressão “geometria variável” refere uma configuração de integração diferenciada em que há uma base constituída por objectivos e políticas comuns e em que se permite que em determinados domínios ou em relação a determinados objectivos os Estados-membros optem por neles participar ou não. A existência de diferentes patamares de integração nos domínios que não pertençam à base comum não é perspectivada como provisória mas também não é perspectivada como tendo de ser permanente.

Desse modo, o factor tempo não tem um papel central porque as diferenças existentes não são consideradas meramente provisórias nem como permanentes²¹². O

²¹² Noutro sentido vai PIRIS, Jean Claude, *cit.*, [n.210], pp.66 ss.. O Autor considera que existem duas concepções de “Europa a várias velocidades”: uma, em que enquadra, por exemplo, a expressão “Europa a duas velocidades”, e em que “the intention is that all Member States will eventually take part in all policies, but the calendar for doing so may vary in order to accommodate differences in political will or in economic development” (p.66); outra, em que integra a ideia de “geometria variável”, e que “does not imply a fixed composition of a group of Member States all cooperating together on different issues and matters” (p.70). Deste modo, também na “geometria variável” o factor tempo assumiria um papel central.

Repare-se que o que defendemos não é que a variável tempo não tem relevância na geometria variável, simplesmente que ela não é, por assim dizer, a protagonista. É que a diferenciação traduzida por aquela expressão pode, no futuro, modificar-se ou não, ou seja, a expressão engloba as duas situações, não sendo necessário saber, logo quando a diferenciação se estabelece, de que caso se tratará. Não ignoramos, todavia, que isto poderá, à primeira vista, colocar um problema no que respeita à distinção entre “Europa a várias velocidades” e “geometria variável” mas consideramos que a resposta estará na intenção que o Estado tenha (se indubitavelmente pretender, no futuro, integrar o grupo de Estados mais

ponto-chave é, portanto, a matéria, isto é a substância de uma determinada política ou de um certo objectivo e é de acordo com essa substância que os Estados optam por fazer parte de um plano mais avançado de integração ou não.

Muito próximo da ideia de “geometria variável” é a ideia de “Europa à *la carte*” que, como o próprio nome indica, se refere a uma configuração de integração diferenciada em que os vários Estados-membros escolhem, como se de um menu se tratasse, as políticas em que pretendem um nível mais profundo de integração.

A distinção entre as ideias “geometria variável” e “Europa à *la carte*” não é clara em toda a sua extensão, existindo situações cujo enquadramento não é claro, o que é dificultado pelo facto de o próprio entendimento daquelas expressões não ser consensual. Por exemplo, as definições daquelas denominações apresentadas por Alexander C-G. STUBB²¹³ partem do pressuposto de que há entre as duas uma diferença essencial: na primeira, a diferenciação explica-se sobretudo através do factor espaço; na segunda, a diferenciação explica-se fundamentalmente pelo factor matéria. Num sentido diferente vai Claus Dieter EHLERMANN^{214 215} que considera que em ambas o factor que está na base da diferenciação é a substância, distinguindo-se as duas pela circunstância de na primeira existir uma base comum, só se permitindo a diferenciação em alguns domínios, enquanto na segunda essa base comum é muito mais reduzida, sendo a diferenciação possível em muitos mais domínios.

“avançados” então o regime jurídico estabelecido traduzir-se-á num comprometimento do Estado, caso em que estaremos perante um manifestação do conceito de “Europa a várias velocidades”; existindo dúvidas sobre a intenção do Estado em causa, não haverá qualquer comprometimento e, consequentemente, estaremos perante um caso de “geometria variável”).

²¹³ STUBB, Alexander C-G, *cit.*, [n.17], pp.285 ss..

²¹⁴ EHLERMANN, Claus Dieter, *cit.* [n.211], p.247.

²¹⁵ STUBB, Alexander C-G, *ibidem*, p.289, nota 2, menciona, precisamente, que o seu ponto de vista difere do proposto por Autores como EHLERMANN, Claus Dieter (a crítica deste Autor é feita em *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, *cit.* [n.214], p.9).

SECÇÃO II

OS MECANISMOS DE DIFERENCIAÇÃO NO ESPAÇO PENAL EUROPEU

A) Introdução

Prosseguiremos agora para o estudo dos mecanismos e instrumentos que dão vida à ideia de integração diferenciada no espaço penal europeu, orientando-nos pelos conceitos que estudámos na secção anterior. É portanto à luz das concepções que apresentámos que analisaremos a possibilidade de instituição de cooperações reforçadas, a existência de duas cláusulas de salvaguarda nacional, mais conhecidas como “travões de emergência” e a existência de regimes ou cláusulas de *opt-out* para alguns Estados-membros.

No final procuraremos averiguar se estes instrumentos e mecanismos são compatíveis com a ideia de comunitarização do espaço penal europeu.

B) Cláusulas de Salvaguarda Nacional

A cláusula de salvaguarda nacional ou de “reserva nacional”²¹⁶, conhecida na gíria como “travão de emergência”, refere-se à cláusula presente nos artigos 82.º, n.º3 e 83.º, n.º3 TFUE. Esta consiste no reconhecimento, aos Estados-membros, da faculdade de solicitar que um projecto de directiva seja submetido ao Conselho Europeu sempre que considere que esse projecto “prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal”.

As cláusulas de salvaguarda foram pela primeira vez previstas no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa²¹⁷ nos artigos III-270.º, n.º3 e III-271.º e

²¹⁶ COSTA, Jorge Alves, *cit.* [n.63], p.741.

²¹⁷ A sua criação deveu-se à preocupação do Reino Unido com a generalização da tomada de decisões por maioria qualificada, que, como se sabe, também atingiu a cooperação judiciária em matéria penal. As preocupações daquele Estado mantiveram-se e no Tratado de Lisboa foi mesmo alargado o âmbito

após o chumbo daquele tratado determinou-se, na CIG 2007, que seriam integradas no Tratado de Lisboa. O conteúdo essencial manteve-se uma vez que a diferença a assinalar entre as redacções dos artigos 82.º, n.º3 e 83.º, n.º3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e III-270.º, n.º3 e III-271.º do Tratado Constitucional se relaciona com a modificação da designação atribuída aos instrumentos jurídicos utilizados neste domínio (de lei-quadro passou a directiva).

Quando um Estado-membro considere que um projecto de directiva prejudica aspectos fundamentais do seu ordenamento jurídico-penal submete-o ao Conselho Europeu, órgão no qual esse projecto será debatido enquanto o processo legislativo é suspenso. No prazo de quatro meses terá de haver consenso para o projecto ser remetido ao Conselho, terminando, nesse caso, a suspensão do processo legislativo ordinário. Não havendo consenso, o projecto é definitivamente abandonado, excepto se nove Estados-membros quiserem, com base nele, instituir uma cooperação reforçada.

Ester HERLIN-KARNELL apresenta este mecanismo da seguinte forma: “one of the ways of convincing the Member States to surrendering their national autonomy in criminal matter was the so-called emergency-brake provision in Article 82-83 TFEU. It is clear that such a possibility looks attractive for Member States with a strong relationship between the criminal law and the nation state and hence remedies the Member States’ anxiousness about giving up their national sovereignty in criminal law matters”.²¹⁸

Parece-nos que a verdadeira função das cláusulas de salvaguarda nacional está relacionada com o facto de a directiva, instrumento jurídico central na cooperação judiciária em matéria penal, ser adoptada por maioria qualificada e já não por unanimidade. Não podemos esquecer que as cláusulas de salvaguarda estão previstas para os casos de harmonização do direito penal e do direito processual penal dos Estados-membros, isto é, num domínio muito próximo da soberania estadual que não se resume à cooperação mas antes a uma incidência, ainda que indirecta, sobre o direito interno. Ora, aquela modificação teve de ser compensada e essa compensação deu-se através da criação da cláusula de salvaguarda nacional, que como facilmente se entende apenas se aplicou à harmonização do direito penal e do direito processual penal dos

material do Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda que consistia numa cláusula de *opt out* em relação às matérias do espaço de liberdade, segurança e justiça que estavam integradas no Primeiro Pilar.

²¹⁸ HERLIN-KARNELL, Ester, *Flexibility and loyalty in the AFSJ*, consultado em <http://uaces.org/documents/papers/1102/Herlin%20Karnell.pdf>, a 29 de Março de 2013.

Estados-membros. Na verdade, a cláusula de salvaguarda nacional apenas está prevista para os casos em que se admite a aproximação dos ordenamentos jurídico-penais internos, não se admitindo, pelo menos directamente, para a cooperação judiciária e o princípio do reconhecimento mútuo. Dizemos directamente porque no caso do artigo 82.º permite-se o accionamento da cláusula de salvaguarda em relação a directivas que resultem da aplicação do n.º2 que inicia nestes termos “na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais ...”. Ou seja, indirectamente a cláusula de salvaguarda nacional pode ser utilizada em relação ao princípio do reconhecimento mútuo ou da cooperação judiciária em matéria penal quando a directiva em questão tenha como escopo facilitar aqueles eixos de desenvolvimento do espaço penal europeu.

Alguns Autores falam conjuntamente das cláusulas de salvaguarda nacional e da cooperação reforçada, pois, como veremos, o acionamento daquelas cláusulas pode conduzir à instituição de uma cooperação reforçada. Neste sentido, por exemplo, vai Jean-Claude PIRIS²¹⁹, contudo, atendendo ao que se disse, consideramos preferível separar os dois mecanismos pois consideramos que são conceptual e formalmente independentes. Parece-nos que a relevância deste mecanismo do ponto de vista da integração diferenciada é relativa já que quando um Estado invoca que a directiva em questão prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal, o processo legislativo é suspenso, iniciando-se um período de debate findo o qual apenas duas coisas podem acontecer: a) o processo legislativo será retomado se houver consenso (ou seja se também esse Estado-membro passar a concordar com essa directiva, caso em que não haverá lugar a nenhuma diferenciação); b) se não houver consenso o projecto de directiva é abandonado, caso em que também não haverá lugar à diferenciação. Coisa diferente é a eventualidade de nove Estados-membros quererem, com base na proposta de directiva, instituir uma cooperação reforçada que, essa sim, conduzirá à diferenciação.

²¹⁹ PIRIS, Jean Claude, *cit.* [n.210], pp.46-47, fala de “brake-accelator mechanism” em que integra a cláusula de salvaguarda nacional e a cooperação reforçada que da sua utilização pode resultar. Deste modo, é possível conceptualizar a cláusula de salvaguarda nacional e a cooperação reforçada como um só mecanismo. Também Ester HERLIN-KARNELL se refere aos dois mecanismos, falando de “one-step backwards, two steps forward” mechanisms” (HERLIN-KARNELL, Ester, *cit.* [n.4], p.35), embora não os agregando conceptualmente.

C) Cooperações Reforçadas²²⁰

1. A instituição de cooperações reforçadas entre os Estados-membros é admitida no Título IV do Tratado da União Europeia e regulada nos artigos 20.º do Tratado da União Europeia e 326.º a 334.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, existindo ao longo daqueles tratados algumas disposições que criam regimes específicos para a instituição de cooperações reforçadas em determinadas políticas.

O princípio basilar das cooperações reforçadas, que podem ser instituídas no âmbito das competências não exclusivas da União, está consagrado no artigo 20.º do TUE segundo o qual “as cooperações reforçadas visam favorecer a realização dos objectivos da União, preservar os seus interesses e *reforçar o seu processo de integração*”.

As cooperações reforçadas apenas podem ser instituídas no âmbito de competências não exclusivas da União e embora sejam mecanismos abertos a todos os Estados-membros que queiram uma cooperação mais profunda num determinado domínio, apenas são instituíveis quando haja um mínimo de nove Estados dispostos a participar. Acresce a circunstância de a decisão que autoriza a instituição de uma cooperação reforçada ser “adoptada como último recurso pelo Conselho, quando este tenha determinado que os objectivos da cooperação em causa não podem ser atingidos, num prazo razoável pela União no seu conjunto”. Deste modo, o desenho dado à cooperação reforçada corresponde ao de um mecanismo de último recurso, isto é de mecanismo de que se pode lançar mão apenas quando outra forma não exista para garantir a realização dos objectivos, a preservação dos interesses ou o reforço da

²²⁰Sobre as cooperações reforçadas, em geral, MESQUITA, Maria José Rangel de, *cit.* [n.65 (1.º)], pp.189 ss.. Sobre a cooperação reforçada, na vigência do Tratado de Amesterdão, EHLERMANN, Claus Dieter, *cit.* [n.30], p.247; e, já após o Tratado de Nice, AMTENBRINK, Fabian / KOCHENOV, Dimitry, *Towards a more flexible approach to enhanced cooperation*, consultado em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1310773, a 29 de Março de 2013. Estes últimos Autores explicam o surgimento das cooperações reforçadas nestes termos “Yet, the speed with which both the deepening and widening of European integration has taken place has come at the expense of the flexibility of the system. The initial response was an adjustment of the internal decision-making procedures, gradually but steadily shifting policy areas from unanimity to qualified majority voting. While this allowed the integration process to continue, it also endured the unity of the European legal order, as any decisions taken by majority vote would equally apply to those Member States that were opposed to the measures in question. However, as the number of Member States continued to grow so did the number of visions of the future direction and scope of European integration. The introduction of a legal instrument of flexibility into the system that would allow a group of Member States to deepen integration within the European legal framework was thought to offer a solution to the growing potential of a stagnation of the integration process”.

integração europeia. Por outro lado, estabelece-se um número mínimo de Estados-membros participantes para que a cooperação reforçada vá avante o que demonstra a preocupação em garantir que na União Europeia não haverá lugar ao aparecimento de uma multiplicidade de cooperações reforçadas, por exemplo, com apenas três Estados participantes. Aquele mínimo corresponde a nove Estados-membros, no entanto deve salientar-se que o Tratado de Lisboa ao concretizar o mandato da CIG 2004 que se referia a um terço dos Estados-membros como limiar mínimo para a instituição de uma cooperação reforçada, refere “nove” Estados-membros. Ora, se numa Europa a vinte sete, um terço corresponde, de facto, a nove Estados, numa União com mais membros não corresponde. Estamos já hoje numa Europa a vinte e oito e aquela expressão a manter-se vai traduzir-se na facilitação progressiva das cooperações reforçadas.

2. No quadro da cooperação judiciária em matéria penal estabelece-se um regime especial para a instituição de cooperações reforçadas (“cláusulas de aceleração”)^{221 222}, presente nos artigos 82.º, n.º3, §2, 83.º, n.º3, §2 e 86.º, n.º1, §3 TFUE.

A especificidade das cooperações reforçadas neste domínio relaciona-se com o impulso inicial para estabelecer uma cooperação reforçada. Na verdade, nos dois primeiros artigos mencionados, o impulso inicial é dado pelo accionamento da cláusula de salvaguarda nacional na sequência de uma proposta de directiva em relação à qual não haja consenso, quando nove Estados-membros pretendam, com base nessa proposta de directiva, instituir uma cooperação reforçada. No terceiro decorre da inexistência de unanimidade relativamente à instituição de uma Procuradoria Europeia dedicada ao combate de infracções lesivas dos interesses financeiros da União.

Desenvolvamos. Nos artigos 82.º e 83.º TFUE está em causa o aprofundamento da integração penal europeia, seja através do estabelecimento de regras mínimas relativas ao processo penal, seja através do estabelecimento de regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça ou em domínios que já tenham sido objecto de medidas de harmonização e cuja eficácia da execução das políticas que

²²¹ Desde que se formalizaram as cooperações reforçadas, sempre houve um regime especial para a cooperação judiciária (e policial) em matéria penal. Comparar os artigos 40.º e ss. TUE, na versão anterior ao Tratado de Lisboa aos artigos 20.º TUE, na redacção dada pelo Tratado de Lisboa, 326.º a 334.º e 82.º, n.º3, §2, 83.º, n.º3, §2 e 86.º, n.º1, §3 TFUE.

²²² RODRIGUES, Anabela Miranda, *cit.* [n. 155], pp.433 e 435.

o compõem necessitem daquelas regras mínimas. Durante o procedimento legislativo ordinário de uma directiva cujo objecto seja qualquer uma das hipóteses referidas, qualquer Estado-membro pode invocar que o projecto de directiva “prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal”, solicitando que esse projecto seja submetido ao Conselho Europeu para debate. No prazo de quatro meses, três situações podem ocorrer: *a)* haver consenso e o procedimento legislativo ser retomado; *b)* não haver consenso; *ba)* e o procedimento legislativo ser abandonado; *bb)* ou haver um grupo de nove Estados-membros que pretendam instituir uma cooperação reforçada a partir do projecto de directiva em questão.

No último caso que corresponde à cooperação reforçada, considera-se que a autorização do Conselho exigida pelo artigo 20.º, n.º2 TUE foi concedida, não sendo assim necessário fazer um juízo quanto à possibilidade, ou não, de atingir os objectivos da cooperação em causa, num prazo razoável pela União no seu conjunto, uma vez que o factor decisivo será antes a vontade dos Estados-membros²²³. Os Estados-membros que desejem estabelecer uma cooperação reforçada devem notificar os órgãos da União: Parlamento Europeu, Comissão e Conselho.

Quanto ao artigo 86.º, as mesmas considerações são válidas, distinguindo-se apenas porque em relação à Procuradoria Europeia o eventual impulso para a instituição de uma cooperação reforçada não está no accionamento da cláusula de salvaguarda nacional mas no “pseudo-veto” de que fala Steve PEERS²²⁴, ou seja, na circunstância de o Conselho não ser unânime na deliberação relativa à instituição daquele órgão.

Ester HERLIN-KARNELL considera que “the very notion of enhanced cooperation lies in the same pathway as the principle of subsidiarity, because of its character as an alternative to Union action. Indeed, it has been described as reflecting the anxiety among the Member States about the expansion of Community powers and therefore that it represents a method for states to tap on “the brake” ”²²⁵. A esta

²²³ Neste regime especial, é ainda desnecessário dirigir um pedido à Comissão especificando o âmbito de aplicação e os objectivos prosseguidos pela cooperação (artigos 82.º, n.º3, §2, *in fine*, 83.º, n.º3, §2, *in fine* e 86.º, n.º1, §3, *in fine* referem que se considera também concedida a autorização referida no artigo 329.º, n.º1 TFUE).

²²⁴ PEERS, Steve, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, consultado em [http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/\\$UBUG/repositorio/10281501_Peers.pdf](http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/$UBUG/repositorio/10281501_Peers.pdf), a 12 de Outubro de 2012, p.3.

²²⁵ HERLIN-KARNELL, Ester, *cit.* [n.218], pp.5 – recorde-se o que foi dito na nota 220 e que explica a referência da Autora à ideia de “tap on “the brake” ”-; ver da mesma Autora, *cit.* [n.4], p.132; e, *What Principles Drive (or Should Drive) European Criminal Law?*, *German Law Journal*, Vol. 11, N.º 10, pp. 1115-1130, consultado em <http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11->

consideração de que na base das cooperações reforçadas está a mesma ideia que subjaz ao princípio da subsidiariedade porque também ali está em causa a ideia de criar uma alternativa à actuação da União, questiona Paul de HERT e Irene WIECZORCK se isso significa que no âmbito das cooperações reforçadas não é necessário fazer um “subsidiarity check”²²⁶, respondendo negativamente: em primeiro lugar, porque nos termos do artigo 326.º TFUE a cooperação reforçada tem de ser feita de acordo com os tratados e o direito da União e portanto de acordo com o n.º3 do artigo 5.º TUE; em segundo lugar, porque tratando-se de um caso especial que resulta do accionamento da cláusula de salvaguarda nacional, pode considerar-se que ainda mais sentido faz um questionamento mais profundo sobre se, de facto, interessa reforçar a cooperação no domínio em questão²²⁷.

3. A cooperação reforçada enquadra-se no conceito de “geometria variável”. Embora o artigo 20.º, n.º2 TUE refira expressamente que a condição para o Conselho autorizar uma cooperação reforçada é a União no seu conjunto não conseguir atingir os objectivos da cooperação em causa *num prazo razoável*, pressupondo que este tipo de cooperação visa “favorecer a realização dos objectivos da União, preservar os seus interesses e reforçar o seu processo de integração” (n.º1, §2), os artigos 82.º, n.º3, §2, 83.º, n.º3, §2 e 86.º, n.º1, §3 TFUE que estabelecem o regime especial para o âmbito da cooperação judiciária penal e que remetem para as disposições relativas à cooperação reforçada (e consequentemente para o artigo 20.º TUE) nunca preceituam que progressivamente os Estados-membros que não integram a cooperação reforçada em causa terão de o fazer. Ou seja, a ideia de tempo parece ter alguma relevância e ser, de certa forma, o motivo pelo qual o mecanismo da cooperação reforçada é permitido, no entanto não é um factor decisivo.

O que verdadeiramente interessa é a matéria em causa, seja porque o ordenamento jurídico-penal dos Estados-membros não é compatível com determinada

No10/PDF_Vol_11_No_10_1115-1130_Articles_Herlin-Karnell%20FINAL.pdf, a 29 de Março de 2013, pp.1124-1125.

²²⁶ HERT, Paul de / WIECZORCK, Irene, *Testing the Principle of Subsidiarity in EU Criminal Policy: the Omitted Exercise in the Recent EU Documents on Principles for Substantive European Criminal Law*, New Journal of Criminal Law, Volume 3, 2012, 03-04, Special Edition – The Future of Criminalisation after Lisbon, Intersentia, p.404.

²²⁷ HERT, Paul de / WIECZORCK, Irene, *Ibidem*, p.404, recorrendo às palavras dos Autores “it could be held that, (...) the fact that one Member State has felt the urge to stop the legislative procedure at EU level is a sign that the centre might not be the most appropriate level to regulate the matter at all”.

proposta, seja porque os Estados-membros não concordam com a configuração proposta num determinado assunto (caso do artigo 86.º).

Em suma, a cooperação reforçada é um mecanismo que, em geral e em especial no domínio da cooperação judiciária em matéria penal, se caracteriza por permitir a criação de um espaço jurídico de “geometria variável” em que o regime jurídico aplicável aos diversos domínios do direito secundário da União Europeia pode variar entre os vários Estados-membros, situação que pode ou não ser provisória e cuja diferenciação se baseia na matéria em causa.

Quanto à questão da jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia neste campo²²⁸, parece-nos claro que o TJUE tem poderes quanto à instituição da cooperação reforçada e em relação ao bloco de legalidade que venha a ser adoptado no âmbito de uma cooperação reforçada embora se deva fazer uma análise do regime jurídico da cooperação reforçada em causa. Um dado importante é o escopo deste tipo de cooperação: realização dos objectivos *da União*, preservação dos *seus interesses* e reforço do *seu processo de integração*. As cooperações reforçadas são indissociáveis da União o que encontra expressão logo no primeiro artigo relativo a esta matéria. Se assim é, não faria sentido que aqueles mecanismos escapassem ao controlo do Tribunal de Justiça da União Europeia. Não ignoramos que o artigo 20.º TUE utiliza a expressão “*podem* recorrer às instituições desta [UE] e exercer essas competências aplicando as disposições pertinentes do Tratado”, mas consideramos que aquela não deve ser interpretada como uma carta-branca em que os Estados-membros no âmbito de uma cooperação reforçada podem ou não recorrer às instituições da União mas antes como uma mera afirmação de que quando seja necessário e de acordo com as particularidades dessa cooperação reforçada os Estados-membros *devem* recorrer àquelas instituições, sem prejuízo do estabelecimento de regimes especiais. Por outro lado, também não desconhecemos a hipótese de o Tribunal de Justiça da União Europeia relativamente à instituição das cooperações reforçadas vir a considerar tratar-se de uma decisão política, não a controlando.

Contudo, o recurso ao mecanismo da cooperação reforçada é escassamente usado. Não obstante as cooperações reforçadas terem sido formalizadas com o Tratado

²²⁸ Referindo esta questão, HERLIN-KARNELL, Ester, *cit.* [n.218], p.7.

de Amesterdão, a primeira autorização para instituição de uma cooperação reforçada ocorreu só no final de 2010²²⁹.

D) Cláusulas de *opt out* (“cláusulas de isenção”²³⁰)

No que respeita à diferenciação, é necessário atentar no facto de estarem previstas várias cláusulas de *opt out* que directa ou indirectamente incidem sobre o espaço penal europeu.

As cláusulas de *opt out* consistem em cláusulas que preveem a faculdade de um Estado-membro não se coligar aos Estados-membros que se associem para cooperar num domínio específico. Como consequência esse Estado-membro não participa nessa cooperação aprofundada (escolhemos esta expressão para marcar bem a diferença com a cooperação reforçada, ainda que em ambos os casos se verifique uma cooperação mais profunda entre alguns dos Estados-membros) mas os restantes Estados-membros participarão, pelo que estas cláusulas de *opt out* se distinguem da cláusula de salvaguarda nacional que suspende o processo legislativo, podendo impossibilitar mesmo a adopção do acto jurídico em questão²³¹.

Em princípio, este tipo de cláusula enquadra-se na ideia de “geometria variável”: de acordo com a matéria em questão os Estados-membros podem acordar que pretendem não ser abrangidos pelas medidas adoptadas naquele sector ou que não querem integrar a cooperação que se pretende estabelecer nesse domínio. No entanto, atendendo ao regime jurídico que densifica estas cláusulas, situações haverá em que as poderemos enquadrar na ideia de espaço penal europeu à *la carte*. Recorde-se que a diferença entre estas denominações reside na ausência (na “Europa à *la carte*”) ou existência (na “geometria variável”) de uma base comum de políticas e de cooperação entre todos os Estados-membros. Ora, o regime que se estabeleça pode pressupor a existência de uma base comum ou não e de acordo com essa pressuposição poderemos considerar que uma determinada cláusula de *opt out* se insere em qualquer daqueles fenómenos.

²²⁹ Decisão do Conselho, de 12 de Julho de 2010, que autoriza a cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial (JO, série L, n.º189).

²³⁰ Assim, MONTE, Mário Ferreira, *cit.* [n.109], p.215.

²³¹ Por este mesmo motivo, a cláusula de *opt out* distingue-se do direito de veto. Referindo este facto, PEERS, Steve, *British and Irish opt-outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law*, version 3, Statewatch Analysis, consultado em <http://www.statewatch.org/news/2009/jun/uk-ireland-analysis-no-4-lisbon-opt-outs.pdf>, a 29 de Março de 2013, p.11.

Com o Tratado de Lisboa foram previstas várias cláusulas de *opt out* (algumas novas, outras que remontam ao Tratado de Amesterdão), sendo os seus regimes jurídicos variados. Destas cláusulas de *opt out* algumas incidem directamente sobre o espaço de liberdade, segurança e justiça (caso paradigmático do Protocolo n.º21 relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda), outras têm uma incidência indirecta, como é o caso do Protocolo n.º 30 relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais à Polónia e ao Reino Unido.

Não interessa aqui o estudo exaustivo do conteúdo dos Protocolos em que são estabelecidas as cláusulas de *opt out* mas apenas o estudo do seu significado do ponto de vista da criação de um espaço penal europeu em que em aspectos fundamentais se permite a diferenciação.

1. Protocolo anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia n.º30, relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido^{232 233}

Estabelece o Protocolo anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia n.º30, relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido, que “a Carta não alarga a faculdade do Tribunal de Justiça da União Europeia, ou de qualquer tribunal da Polónia ou do Reino Unido, de considerar que as leis, os regulamentos ou as disposições, práticas ou acção administrativas destes países são incompatíveis com os direitos, as liberdades e os princípios fundamentais que nela são reafirmados” (artigo 1.º, n.º1). Esclarecendo depois que “nada no Título IV da Carta cria direitos susceptíveis de serem invocados perante os tribunais e que se apliquem à Polónia ou ao Reino Unido, excepto na medida em que estes países tenham previsto tais direitos na respectiva legislação nacional” (n.º2 do artigo 1.º) e que “as disposições da Carta que façam referência às legislações e práticas nacionais só são aplicáveis à Polónia ou ao Reino Unido na medida em que os direitos ou princípios nelas consignados sejam reconhecidos na legislação ou nas práticas desses países” (artigo 2.º). A Polónia inclui ainda a Declaração n.º61 sobre a

²³² JO, série C, n.º83/313, de 30 de Março de 2010.

²³³ Inicialmente, o projecto de protocolo relativo ao Reino Unido e à Carta da CIG 2007 previa que duas delegações se reservavam o direito de juntar ao Protocolo previsto para o Reino Unido: tratava-se a Polónia e da Irlanda, tendo esta última entretanto renunciado àquela possibilidade.

Carta dos Direitos Fundamentais que consiste num único articulado que afirma que “a Carta não prejudica de modo algum o direito de os Estados-Membros legislarem em matéria de moralidade pública e direito da família, bem como de protecção da dignidade humana e respeito pela integridade física e moral do ser humano”.

A consideração do Protocolo n.º30 quando se fala de cláusulas de *opt out* é comum, todavia alguns Autores julgam que verdadeiramente não estamos, no caso deste protocolo, perante cláusulas de *opt out* já que na prática o protocolo não representaria qualquer limitação ou representando-a esta seria mínima.

Jacques ZILLER, em relação à posição do Reino Unido, explica o que, no seu ponto de vista, justificou o protocolo e caricaturiza a questão:

“é possível que os redatores do projecto de protocolo sobre a aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais no Reino Unido se tenham inspirado em Jonathan Swift, nomeadamente nas «Condições que Gulliver deve respeitar» para poder deambular livremente por Liliput.(...) Basta ler o protocolo (atentamente e sem rir) para ver que ele não faz qualquer sentido. Se tudo quanto é lembrado nos considerandos é tão evidente como o texto parece dizer, para que servem os artigos? O objectivo (...) era claro quando foi proposto (...): tratava-se de tranquilizar a City londrina, que receava que a Carta criasse novos direitos sociais e alargasse as condições de utilização do direito de greve no Reino Unido graças à possibilidade de invocar a Carta (...). Contrariamente ao que foi muitas vezes indicado, não estava em causa para esse país pedir um opt-out da Carta (...)”.

Na verdade, Jacques ZILLER considera mesmo que,

“de um ponto de vista jurídico, o protocolo é totalmente inútil, em minha opinião: ele não irá impedir que os advogados peçam a aplicação dos direitos instituídos pela Carta, dado que estes se impõem de qualquer modo no Reino Unido com base nas disposições ou decisões de jurisprudência de que provêm. Esses advogados, tal como os juízes britânicos, terão aliás a tarefa facilitada pelas «explicações» anexadas à Carta, e cujo artigo 6 do tratado sobre a União lembram que elas indicam as origens desses direitos. Após demorada reflexão e discussões aprofundadas com colegas britânicos em particular, parece-me que, no máximo, o artigo 2 poderia ter como consequência tornar inoperante no território polaco e no do Reino Unido uma interpretação de um direito

consagrado pela Carta que teria a sua origem nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros da União, mas que justamente não existiria num destes países”²³⁴.

Paul CRAIG coloca a questão noutros termos, considerando que,

“the United Kingdom’s insistence on the Protocol is problematic in the following respect. The United Kingdom had, two years earlier, signed the EU Constitution, which included the Charter, and did so without any such reservation of the kind found in the Protocol attached to the Treaty of Lisbon. It can therefore be assumed that had the EU Constitution ratification process not been placed on hold (...) then the UK government would have campaigned for the EU Constitution, including the Charter, notwithstanding the absence of any opt-out or reservation. (...) It is however difficult to avoid the conclusion that the inclusion of the Protocol was motivated as much if not more by the government’s desire to show that the Treaty of Lisbon differed in certain aspects from the EU Constitution, and that therefore a referendum on the former was not necessary.”

e ainda que,

“article 1 (1) adds nothing of substance to existing EU law, since the Charter does not in itself extend the ability of Community or national courts to find that national laws etc are inconsistent with Charter rights. Article 1(2) is, by way of contrast, a substantive limit, which reduces the impact of Title IV of the charter concerning social rights. (...) It should nonetheless be noted that the crucial wording is “recognised in the law or practices” of the United Kingdom and Poland, and that this wording provides the ECJ with interpretive discretion as to when a Charter right might be regarded as recognised by the law and practice of that country”²³⁵.

Em 2009, o Conselho Europeu consentiu ainda em conceder à República Checa o direito à derrogação estipulada para o Reino Unido e a Polónia no Protocolo n.º30, no que respeita à Carta dos Direitos Fundamentais.

²³⁴ ZILLER, Jacques, *cit.* [n.65], pp. 129-130.

²³⁵ CRAIG, PAUL, *cit.* [n.65], p.163.

2. Protocolos anexos n.ºs 21 e 22, relativos à posição do Reino Unido e Irlanda e da Dinamarca

Com uma incidência directa no espaço penal europeu, encontramos os Protocolos anexos n.ºs 21 e 22, relativos à posição do Reino Unido e Irlanda e da Dinamarca, respectivamente.

2.1. O Protocolo anexo n.º21 é relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda²³⁶ em relação ao espaço de liberdade, segurança e justiça e consagra, no artigo 2.º, que “nenhuma disposição do Título V da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia [O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça], medida adoptada em aplicação desse título, disposição de acordo internacional celebrado pela União em aplicação do mesmo título, ou decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que interprete essas disposições ou medidas vinculará o Reino Unido ou a Irlanda, nem lhes será aplicável”, sem prejuízo do disposto nos artigos 3.º, 4.º e 6.º. Deste modo, determina-se que o princípio geral será a não participação do Reino Unido e da Irlanda no espaço de liberdade, segurança e justiça em que se inclui a cooperação judiciária em matéria penal.

Quanto à cooperação penal (e também à cooperação policial) determina-se ainda que o Reino Unido ou a Irlanda não ficam vinculados por regras definidas com base no artigo 16.º TFUE que digam respeito ao tratamento de dados pessoais pelos Estados-membros no exercício de atividades relativas à cooperação judiciária em matéria penal e à cooperação policial.

A extensão à cooperação judiciária em matéria penal da cláusula de *opt out* do Reino Unido e da Irlanda foi uma novidade introduzida pelo Tratado de Lisboa, o que não deixa de ser interessante dado que já no Tratado Constitucional se previa a extensão da decisão por maioria qualificada ao domínio da cooperação judiciária penal, o que tornaria possível a adopção de medidas com as quais aqueles Estados-membros não concordassem. Perante aquela possibilidade e naquele contexto o Reino Unido optou

²³⁶ JO, série C, n.º83/295, de 30 de Março de 2010.

²³⁷ Sobre o que segue, HINAREJOS, Alicia / SPENCER, J.R. / PEERS, Steve, *Opting out of the EU Criminal law: What is actually involved?*, CELS Working Paper, n.º1, Setembro 2012, consultado em http://www.cels.law.cam.ac.uk/Media/working_papers/Optout%20text%20final.pdf, a 29 de Março de 2013; PEERS, Steve, *cit.* [n.231]; e *cit.* [n.224]. Ver também, HOUSE OF LORDS, *cit.* [n.173], pp. 159 ss..

por insistir apenas na criação da cláusula de salvaguarda nacional e quanto ao Protocolo que acordaram em 1997²³⁸, relativo às matérias do espaço de liberdade, segurança e justiça reguladas no TCE, que continha uma cláusula de *opt out* relativamente aquelas matérias, optaram por não alargar o seu âmbito material à cooperação judiciária em matéria penal.

Preveem-se algumas exceções à não participação daqueles Estados-membros no domínio do espaço de liberdade, segurança e justiça. Em primeiro lugar, o Reino Unido e a Irlanda podem, em relação a propostas ou iniciativas relativas ao Título V, notificar o Presidente do Conselho do seu desejo de participar na adopção e na aplicação da medida proposta (artigo 3.º) ou, em relação a medidas já adoptadas, notificar o Conselho e a Comissão da sua intenção de aceitar aquela medida (artigo 4.º). Em segundo lugar, à Irlanda é aplicável o disposto no artigo 75.º TFUE relativo à adopção de uma série de medidas administrativas para a prevenção e luta contra o terrorismo e actividades a ele relacionadas (artigo 9.º).

A qualquer momento, a Irlanda pode notificar o Conselho da intenção de abandonar o Protocolo, passando a estar, tal como a generalidade dos Estados-membros da União Europeia, vinculado ao acervo da União no domínio do espaço de liberdade, segurança e justiça, onde se inclui, recorde-se, a cooperação judiciária em matéria penal. Para o Reino Unido essa opção não é prevista.

Independentemente das diferenças estabelecidas dentro do próprio articulado do Protocolo para ambos aquele diploma destina-se a isentá-los das disposições, medidas, disposições de acordos internacionais e decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça, adoptados depois de o Tratado de Lisboa ter entrado em vigor, ou seja, tem um âmbito material prospectivo. Na verdade, o Protocolo sob análise já existia desde o Tratado de Amesterdão e a sua existência prendeu-se com o facto de, com aquele Tratado se terem comunitarizado algumas matérias do Terceiro Pilar criado com o Tratado de Maastricht. Ao passar a ser regulado pelo Tratado da Comunidade Europeia, aquelas matérias ficaram sujeitas à decisão por maioria qualificada o que explica que o Reino Unido e a Irlanda tenham feito um acordo no sentido de não participarem nessas políticas. Com o Tratado Constitucional que aplicava a decisão por maioria qualificada à cooperação judiciária em matéria penal, o Reino Unido insistiu que fosse criado um “travão de emergência” (a

²³⁸ Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda relativo à aplicação do Título III-A do Tratado que institui a Comunidade Europeia (JO, série C, n.º340, 10 de Novembro de 1997).

cláusula de salvaguarda nacional). Por sua vez, o Tratado de Lisboa que retomou as modificações já propostas no TECE, incluindo as do domínio penal, consagrou como regra a tomada de decisões por maioria qualificada na cooperação judiciária em matéria penal, ao que o Reino Unido reagiu exigindo a extensão do protocolo relativo à sua posição. A posição da Irlanda não era na altura da CIG 2007 conhecida, no entanto também este Estado veio a aderir à proposta do Reino Unido. Em suma, o Protocolo n.º21 relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda foi uma forma que estes Estados arranjaram para contornar a hipótese de ficarem vinculados por actos e/ou medidas com os quais não concordassem mas que por força da regra da maioria qualificada seriam adoptadas.

O mecanismo criado para contornar esta questão consistiu na criação do princípio segundo o qual o Reino Unido e a Irlanda não serão vinculados por qualquer “disposição do Título V da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, medida adoptada em aplicação desse título, disposição de acordo internacional celebrado pela União em aplicação do mesmo título, ou decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que interprete essas disposições ou medidas”²³⁹. Todavia, a intenção daqueles Estados era apenas garantir que não lhes fossem aplicáveis actos e/ou medidas com as quais não concordassem e não que ficassem totalmente excluídos de tudo o que fosse feito no domínio da cooperação judiciária em matéria penal. É assim que se justifica que ao lado daquele princípio tenha sido consagrada a possibilidade de os Estados participarem na adopção de propostas ou iniciativas ou de medidas já adoptadas (artigos 3.º e 4.º)²⁴⁰. Além disso, segundo Alicia HINAREJOS, J.R SPENCER e Steve PEERS “the “all or nothing” nature of the opt-out was not – it is

²³⁹ Acrescem, segundo o artigo 4.º-A, as medidas propostas ou adoptadas ao abrigo do Título V da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e que alterem uma medida existente à qual o Reino Unido e a Irlanda estejam vinculados. Porém, o Conselho, nos termos do n.º2, pode decidir que a não participação daqueles Estados-membros na versão alterada de uma medida existente torna a aplicação dessa medida inoperante para outros Estados-Membros ou para a União, podendo instar aqueles dois Estados-Membros a procederem à notificação nos termos do artigo 3.º. Sobre esta questão referem os pontos 6.260 e 6.261 do relatório da HOUSE OF LORDS, *cit.* [n.173], p. 162) que “while (...) it has always been the position of the UK that it was not bound under the Title IV Protocol to participate in the amendment of measures into which it had previously opted, the matter is now clarified. The extension of the Protocol to the entire area of freedom, security and justice will allow the UK to decide, on an individual basis, whether to opt in to any proposed measure in the field. The inclusion of Article 4a confirming that the opt-in provision will apply also to amending measures is a welcome clarification”.

²⁴⁰ A decisão de participar de um acto ou medida deve ser considerada irreversível, ou seja, depois de um ou ambos os Estados terem optado por se associar a um acto ou medida não é mais possível voltar atrás. Sobre a questão ver HOUSE OF LORDS, *ibidem*, p. 168.

thought – exactly what the UK negotiators wanted, but was insisted on by the other Member States: in order to discourage the UK from exercising the opt-out lightly, and also to avoid recurrent disruptions from the UK opting out of measures one by one”²⁴¹.

O regime criado pelo protocolo enquadra-se no conceito de “Europa à *la carte*”, pelo menos na perspectiva do Reino Unido e da Irlanda que têm a faculdade de fazer um verdadeiro “*pick-and-choose*”²⁴² de todos os actos e medidas que sejam propostos e adoptados no âmbito do Título V da Parte III do TFUE.

É necessário enfatizar que este Protocolo tem o seu âmbito material limitado ao Título V²⁴³ da Parte III do TFUE, ou seja, ao espaço de liberdade, segurança e justiça pelo que não se aplica a actos e medidas de carácter penal que sejam adoptadas em aplicação de outros artigos que sistematicamente não façam parte daquele Título. É o caso do artigo 325.º TFUE relativo à fraude e outras actividades lesivas dos interesses financeiros da União, cuja prevenção e combate deve ser feito através das “medidas necessárias (...) tendo em vista proporcionar uma protecção efectiva e equivalente nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União” (n.º4). Com base no artigo 325.º foi, a 11 de Julho de 2012, proposta uma Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra a fraude aos interesses financeiros da União através do direito penal²⁴⁴. Outro exemplo é o artigo 16.º TFUE relativo à protecção de dados pessoais e com base no qual também já há uma proposta de Directiva, de 25 de Janeiro de 2012, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infracções penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados²⁴⁵.

Deste modo e porque o direito penal não é um recurso limitado ao Título V da Parte III do TFUE, existem domínios que escapam às cláusulas de *opt out* previstas no Protocolo n.º 21. No entanto, não nos parece que estas sejam um reflexo de uma tentativa da União de garantir que há uma base comum do domínio penal entre todos os Estados-membros.

²⁴¹ HINAREJOS, Alicia / SPENCER, J.R. / PEERS, Steve, *cit.* [n.237], p.6.

²⁴² Denominação utilizada para exprimir a mesma realidade que a denominação “*Europa à la carte*”.

²⁴³ PEERS, Steve, *cit.* [n.231], p.8 e nota 36, parece considerar que é discutível que esta cláusula de *opt out* se aplique ao §2 do artigo 83.º, n.º2, o que contrasta com o §1, ao qual considera ser indubitável a aplicação desta cláusula.

²⁴⁴ COM (2012) 363 final.

²⁴⁵ COM (2012) 10 final.

2.2. Se o Protocolo n.º21 consagra um regime de *opt out* prospectivo para o Reino Unido e para a Irlanda, um outro Protocolo consagra uma cláusula de *opt out* retrospectiva (ou seja, que se dirige a actos e medidas adoptados antes do Tratado de Lisboa entrar em vigor) para o Reino Unido. De fora fica a Irlanda.

Como vimos, estabeleceu-se um período de tempo transitório (de 1 de Dezembro de 2009 a 1 de Dezembro de 2014) em que os poderes do Tribunal de Justiça da União Europeia relativamente aos actos adoptados, antes do Tratado de Lisboa²⁴⁶, no domínio da cooperação judiciária em matéria penal serão regidos pelo Título VI do Tratado da União Europeia, na redacção anterior ao Tratado de Lisboa. Ora, estipula o n.º4 do artigo 10.º do Protocolo relativo às disposições transitórias que o Reino Unido pode, no máximo, até seis meses antes do termo do período de transição notificar ao Conselho que, em relação aos actos adoptados, antes do Tratado de Lisboa, no domínio da cooperação policial e da cooperação judiciária em matéria penal, não aceita a competência da Comissão Europeia estabelecida no artigo 258.º TFUE nem a competência do TJUE traçada no *ex* artigo 35.º TUE, na redacção dada pelo Tratado de Amsterdão. Na sequência dessa notificação, os referidos actos deixarão de ser aplicáveis ao Reino Unido, a partir de 1 de Dezembro de 2014 (término da fase de transição) embora o n.º5 do artigo 10.º consagre a possibilidade de, em relação a actos e/ou medidas concretas, o Reino Unido “notificar ao Conselho a sua intenção de participar em actos que tenham deixado de lhe ser aplicáveis” por ter exercido a faculdade conferida no n.º4.

Deste modo, assiste ao Reino Unido o direito de não integrar, de todo, o espaço penal europeu. Para se isentar dos actos adoptados, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, no domínio da cooperação judiciária em matéria penal, tem a cláusula de *opt out* do Protocolo n.º21 e para se isentar dos actos adoptados no âmbito do extinto Terceiro Pilar tem a cláusula de *opt out* constante do artigo 10.º, n.º4 do Protocolo relativo às disposições transitórias.

A faculdade de *opt out* integral e de posterior *opt in* em relação a medidas concretas, consignada no Protocolo n.º21 e no Protocolo relativo às disposições transitórias criarão uma situação de “Europa à *la carte*”, uma vez que no domínio penal nenhuma base mínima comum entre o Reino Unido (bem como a Irlanda, mas apenas prospectivamente) e os restantes Estados-membros é garantida, podendo aquele, única e

²⁴⁶ COM (2012) 10 final.

exclusivamente, utilizar o critério da matéria para escolher quais os actos e medidas a que se quer associar. É certo que neste momento, o Reino Unido se encontra já vinculado a um conjunto de Directivas adoptadas no pós-Lisboa²⁴⁷ mas isso apenas porque exerceu a faculdade de *opt in* que lhe foi atribuída e não porque a União Europeia o tenha garantido.

2.3. O Protocolo n.º22 é relativo à posição da Dinamarca^{248 249} e estabelece, tal como o Protocolo n.º21 relativo ao Reino Unido e à Irlanda, que “as disposições do Título V da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, as medidas adoptadas em aplicação desse título, as disposições de acordos internacionais celebrados pela União em aplicação do mesmo título, e as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que interpretem essas disposições ou medidas ou quaisquer medidas alteradas ou alteráveis em aplicação desse título, não vinculam a Dinamarca, nem lhe são aplicáveis” (artigo 2.º). Todavia, os “actos da União no domínio da cooperação policial e da cooperação judiciária em matéria penal adoptados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, e que tenham sido alterados, continuarão a vincular a Dinamarca e a ser-lhe aplicáveis sem alteração”.

Seguindo o modelo do Protocolo do Reino Unido e da Irlanda e no que respeita ao espaço penal europeu, determina-se que não serão aplicáveis as regras estabelecidas com base no artigo 16.º TFUE relativo ao tratamento de dados pessoais pelos Estados-membros no exercício das actividades relativas à cooperação judiciária em matéria penal e à cooperação policial.

A partir daqui o regime estabelecido para a Dinamarca difere do estabelecido para o Reino Unido e Irlanda, destacando-se que a este Estado-membro não é reconhecida a faculdade de a qualquer momento após a adopção de uma medida relativa ao espaço de liberdade, segurança e justiça notificar ao Conselho e à Comissão a sua intenção em aceitar essa medida. Apenas lhe é permitido que relativamente a uma medida destinada a desenvolver o acervo de Schengen e abrangida pela Parte I do Protocolo agora em análise, decida, no prazo de seis meses após a adopção, se

²⁴⁷ Concretizando esta afirmação, HINAREJOS, Alicia / SPENCER, J.R. / PEERS, Steve, *cit.* [n.237], pp.3-4.

²⁴⁸ JO, série C, n.º83/299, de 30 de Março de 2010.

²⁴⁹ Cfr. Protocolo relativo à posição da Dinamarca relativo à aplicação do Título III-A do Tratado que institui a Comunidade Europeia (JO, série C, n.º340/101, 10 de Novembro de 1997).

procederá à sua transposição ou não. De qualquer forma, a Dinamarca, nos termos do artigo 8.º do Protocolo relativo à sua posição, poderá a todo o tempo optar pela aplicação do regime aplicável ao Reino Unido e à Irlanda.

E) Conclusões parciais

O espaço penal europeu está povoado por mecanismos que possibilitam a diferenciação de apenas alguns Estados-membros e de outros mecanismos que se dirigem a todos os Estados-membros e cuja existência se relaciona apenas com a necessidade de, por estarmos num domínio tão sensível, garantir aos Estados-membros mecanismos que estes possam accionar quando aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal estejam em causa ou que possam, pelo contrário, avançar mais na integração penal europeia, mesmo que nem todos os Estados-membros o pretendam.

Há uma diferença considerável entre a generalidade dos Estados-membros e o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca, sobretudo, com o primeiro. Num domínio como o penal é normal, e de certa forma até saudável, garantir que em situações extremas os Estados possam isentar-se de uma determinada medida ou acto ou que pelo menos possam coloca-lo em causa, mesmo que a intenção seja a criação de um espaço comum, ou seja, querer criar e desenvolver uma área comum de direito e justiça penais não implica que os Estados-membros avancem sem quaisquer mecanismos “de emergência”, afinal estamos num campo muito chegado à soberania nacional. Ora o regime estabelecido para a maioria dos Estados-membros, a nosso ver, consiste precisamente nisso: na previsão de cláusulas de salvaguarda nacional que poderão ser accionadas em casos extremos.

Coisa muito diferente é o regime previsto para o Reino Unido (e para a Irlanda e Dinamarca, mas apenas em sentido prospectivo) em que não se trata de meros mecanismos “de emergência”, mas da determinação de verdadeiros princípios embora haja depois a possibilidade, para os dois primeiros Estados, de optar por participar em uma determinada medida. Ou seja, não há aqui a vontade de criar um espaço comum, há apenas a vontade de participar de actos e medidas que sejam convenientes.

Contudo, não deve ser feito um juízo com base na perspectiva de apenas um Estado-membro quando a União Europeia é composta por vinte e oito Estados. Devemos concluir tendo em conta a generalidade e a verdade é que partindo desse pressuposto parece-nos que, não obstante a existência das cláusulas de salvaguarda

nacional e de disposições que possibilitam a instituição de cooperações reforçadas, a vontade geral é de criação de um espaço comum penal europeu.

Maria José Rangel de MESQUITA considera que “estes desvios representam concessões à soberania dos Estados-membros, pelo que não podem ser qualificados como um passo em frente no sentido da constitucionalização da União. Antes, pelo contrário: trata-se de manifestações de intergovernamentalidade. O mesmo se deve dizer das cláusulas de *opt-out* (...) (Protocolos n.ºs 20 e 21)”²⁵⁰. Não nos parece que possamos concordar com esta conclusão na medida em que consideramos que apenas se poderá falar de *manifestações de intergovernamentalidade* quando estejamos a falar do regime concedido ao Reino Unido, à Irlanda e à Dinamarca. Os outros mecanismos representam por um lado uma mera salvaguarda dos Estados e por outro a possibilidade de alguns Estados avançarem mais do que outros se assim o entenderem (mas na sua base está sempre a ideia de criação de um espaço comum: no caso das cláusulas de salvaguarda nacional, estas destinam-se a situações excepcionais e que portanto já pode ser conceitualizado numa lógica supranacional; no caso das cooperações reforçadas, ainda mais está patente a intenção de criação de um espaço comum, que alguns Estados podem pretender levar mais longe).

Em suma, entendemos que os mecanismos previstos no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia são enquadráveis já numa lógica supranacional, sendo no caso da cláusula de salvaguarda nacional uma mera “cautela” para os Estados-membros – a sua existência não invalida a lógica supranacional nem a vontade de empreender um projecto comum, no seio da União – e, em relação às cooperações reforçadas, uma mera habilitação para alguns Estados poderem aprofundar a integração mas sempre pressupondo um *abstracto* comum, e que aliás se baseia em propostas da própria UE. Apenas em relação às cláusulas de *opt out* se poderá entender que se trata de resquícios da lógica intergovernamental da antiga União Europeia porque aí sim está em causa garantir uma completa manutenção da individualidade de certos Estados que apenas participarão de actos e medidas convenientes e não em actos e medidas que representem a edificação de um espaço penal europeu.

²⁵⁰ MESQUITA, Maria José Rangel de, *cit.* [n.65 (1.º)], p.49.

2. Retomando os conceitos de “Europa a várias velocidades”, de “geometria variável” e de “Europa à *la carte*” resta agora determinar em qual daqueles conceitos se integra o espaço penal europeu atendendo à sua disciplina jurídica.

Desde logo, parece claro que não se trata de uma mera flexibilização temporária, em que se considera que eventualmente todos os Estados-membros participarão das mesmas medidas de concretização do espaço penal europeu. Em nenhum dos instrumentos analisados a intenção é permitir que alguns Estados-membros estejam na vanguarda de novas medidas e actos para que os restantes, quando estejam preparados, os alcancem. Pelo contrário, o factor decisivo parece ser sempre a matéria em questão. Mais do que flexibilidade, permite-se a diferenciação.

Desta forma, os vários instrumentos que se preveem podem enquadrar-se ou no conceito de “geometria variável” ou no conceito de “Europa à *la carte*”. Inclinamo-nos para a primeira opção, de um ponto de vista geral e para a segunda quando estejamos a pensar nas cláusulas de *opt out* previstas para o Reino Unido e Irlanda. Em ambos os casos, a diferenciação baseia-se na substância do acto ou medida em questão, só que enquanto para a generalidade dos Estados-membros há uma base comum de direito penal europeu, quanto mais não seja pelos dispositivos adoptados sob o signo do Terceiro Pilar (caso da Dinamarca) - antes portanto do Tratado de Lisboa - para o Reino Unido nem aquela base se garante uma vez que prevê a possibilidade de aquele Estado se isentar, na íntegra, de todo o corpo jurídico adoptado no âmbito do Terceiro Pilar (e ainda que aquela base se mantenha se o Reino Unido não exercer o direito que lhe foi reconhecido, será porque assim o quis e não porque a União tenha garantido que assim fosse) o que acresce ao princípio estabelecido no Protocolo n.º21 – aqui sim temos uma manifestação da intergovernamentalidade pois a decisão partirá do Estado-membro individualmente considerado.

Conclusão

«Tentei pôr-me de pé, mas fui incapaz de me mexer; estendido de costas, descobri que os meus braços e pernas estavam solidamente presos de um lado e de outro do chão; e o meu cabelo, comprido e espesso, estava igualmente preso. Sentia também várias tiras finas a envolver-me o corpo, dos sovacos até às coxas. Estava reduzido a contemplar o céu...».

1. Este excerto de *As viagens de Gulliver* do irlandês Jonathan Swift que é utilizado por Jacques ZILLER para introduzir a questão do emaranhado de declarações e protocolos que teriam sido estabelecidas “a fim de evitar que se erguesse uma União considerada como um gigante perigoso por tantos políticos liliputianos”²⁵¹, bem poderia ser utilizado no domínio específico da cooperação judiciária em matéria penal se concluíssemos o nosso estudo com a consideração de que a configuração dada pelo Tratado de Lisboa àquele domínio afinal consiste na criação de uma multiplicidade de amarras que na prática servem para evitar que se erga um espaço penal europeu comunitarizado.

Na verdade, quando iniciámos o nosso estudo pensávamos que concluiríamos pela existência de uma contradição fundamental no desenho actual do espaço penal europeu entre a comunitarização que já era pretendida desde o Tratado Constitucional em conjunto com a ideia de comunitarização material que nos parecia ser a evolução natural e até expectável para um domínio jurídico em que não obstante o lento desenvolvimento, ao nível da integração europeia, tem mostrado ao longo dos anos que com o avançar da integração europeia em geral os Estados-membros estariam dispostos a também aprofundar a integração no âmbito penal e alguns dos mecanismos e instrumentos que foram introduzidos ou alterados pelo Tratado de Lisboa e que permitem que no âmbito da cooperação judiciária penal haja diferenciação quanto ao

²⁵¹ ZILLER, Jacques, *O Tratado de Lisboa* (tradução de *Les nouveaux traités européens: Lisbonne et après*), Texto Editores, 2010, p.125.

grau de integração de alguns Estados-membros e diferenciação quanto aos actos e medidas adoptadas naquele âmbito.

Julgamos que o nosso estudo nos permitiu compreender melhor a actual configuração do espaço penal europeu, tendo até resultado numa mudança de opinião quanto ao objecto estudado. De facto, à primeira vista, a existência da possibilidade de serem instituídas cooperações reforçadas e a existência de cláusulas de *opt out* parecem não se coadunar com a lógica supranacional que subjaz à disciplina jurídica que concretizou o chamado método comunitário *nem*, de forma mais ampla, com qualquer que seja a disciplina jurídica que concretize a lógica de integração que vimos estar na base do espaço penal europeu. No entanto, ainda antes de iniciarmos o estudo daqueles mecanismos, ao estudar os elementos através dos quais se comunitarizou formal e substancialmente a cooperação judiciária em matéria penal apercebemo-nos de que são possíveis vários níveis de integração e que pretender construir algo comum, nomeadamente um espaço penal europeu comum, não significa que os Estados deixem de ter os seus próprios espaços penais em que a maioria das soluções é reflexo das suas culturas jurídicas e sociais.

A cooperação judiciária ocupa o lugar central no desenvolvimento do espaço penal europeu e o papel meramente complementar atribuído à harmonização bem como a possibilidade de se criarem órgãos supranacionais mostram como embora os Estados pretendam, até certo ponto, empreender um projecto comum de direito e justiça penais, esse mesmo projecto será complementar aos ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros, apenas podendo em determinadas áreas pré-definidas influenciá-lo.

Que houve um avanço na integração penal europeia parece-nos certo: da lógica intergovernamental passámos à lógica supranacional que em certos aspectos encontrou expressão na disciplina jurídica em que o método comunitário se traduziu. No entanto, não passámos para uma lógica supranacional de unificação europeia penal mas sim para uma lógica supranacional cujo objectivo é a criação de um espaço penal europeu. O regime jurídico em que aquele espaço se traduz comprova isso mesmo.

2. Desta compreensão decorre que a existência de elementos que permitem a diferenciação *a priori* e/ou *a posteriori* no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal ou em relação a certas medidas ou actos adoptados no seu seio não tem necessariamente de ser contrária à intenção de criar uma área penal comum aos Estados-membros (ou pelo menos à grande maioria) da União Europeia.

Em relação à diferenciação retrospectiva e prospectiva que através de cláusulas de *opt out* (artigo 10.º, n.º4 do Protocolo relativo às disposições transitórias e artigo 2.º do Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao espaço de liberdade, segurança e justiça, respectivamente) se permitiu para o Reino Unido, consideramos que é necessário relativizar a questão uma vez que se trata de apenas um Estado-membro. Indubitavelmente, a maioria dos Estados-membros pretendem participar do projecto de um espaço penal europeu e é esse ponto que nos parece ter maior relevância.

À situação do Reino Unido acresce a situação da Irlanda e da Dinamarca que através dos Protocolos n.ºs 21 e 22 respectivamente, consagraram regimes de diferenciação prospectiva, mas mais uma vez, e agora concluindo a questão, porque se trata apenas de dois Estados-membros (ou de três se incluirmos o Reino Unido, mas sempre tendo em mente a diferença de regimes jurídicos aplicáveis a estes países) o que avulta é o facto de a esmagadora maioria dos Estados-membros estar empenhada na construção do espaço penal europeu, circunstância que justifica a lógica supranacional que com o Tratado de Lisboa passou a estar na base de todo o espaço penal europeu e que encontrou expressão na manutenção da possibilidade de instituição de cooperações reforçadas o que mais não é do que uma manifestação de que efectivamente os Estados-membros querem garantir que o avanço na integração penal no quadro da União Europeia é possível. Poder-se-ia argumentar que, em consequência daquela ideia, as cooperações reforçadas exprimem a vontade dos Estados-membros enquanto sujeitos de direito individualmente considerados e que portanto teriam na sua base a lógica intergovernamental, no entanto, parece-nos que se em relação às cooperações reforçadas em geral esse ponto pode ser válido, em relação ao regime especial estabelecido para as cooperações reforçadas no domínio da cooperação judiciária em matéria penal tal já não se verifica pelo facto de aí estar em causa uma proposta de directiva da União Europeia que, mesmo não tendo sido adoptada enquanto tal, não deixa de ser expressão da vontade própria da União Europeia.

Por outro lado, se à primeira vista encararíamos as cláusulas de salvaguarda nacional como manifestações da vontade dos Estados-membros e por conseguinte como manifestações da lógica intergovernamental, parece-nos agora que talvez não o sejam porque as entendemos como mecanismos excepcionais que apenas são accionados quando estejam em causa aspectos fundamentais do sistema jurídico-penal do Estado-membro que o acciona (ideia presente na expressão inglesa utilizada para referir estas

cláusulas: “*emergency brake*”). É certo que este mecanismo se baseia num juízo subjectivo e que teoricamente pode ser utilizado pelos Estados-membros mesmo que a directiva em questão não prejudique verdadeiramente aspectos fundamentais do sistema de justiça penal interno do Estado que invoca a cláusula de salvaguarda nacional. Todavia, a sua configuração faz-nos pensar que de facto se trata de um mecanismo excepcional a que os Estados recorrerão apenas quando a proposta de directiva colida com aspectos fundamentais da ordem jurídico-penal interna, pelo que no seu âmago está a intenção de proteger a individualidade e os aspectos fundamentais dos ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros da União Europeia e não a garantia de um mecanismo através do qual aqueles mesmos Estados possam fazer valer a sua vontade. Em suma, nas cláusulas de salvaguarda nacional está em causa precisamente a salvaguarda dos aspectos fundamentais dos sistemas de justiça penal interna e não a garantia de que a vontade dos Estados-membros prevalecerá em relação a qualquer proposta de directiva, ainda que reconheçamos o risco de os Estados o utilizarem como tal.

Em conclusão, consideramos que com o Tratado de Lisboa se procedeu à comunitarização formal e material do espaço penal europeu porque na sua base está uma lógica supranacional / de integração que, em alguns aspectos, coincide com o regime jurídico em que o método comunitário se traduziu. Da evolução que consideramos se ter verificado decorreu o distanciamento da lógica intergovernamental que até aqui dominava a cooperação judiciária em matéria penal. No entanto, alguns Autores consideram que aquela lógica ainda está presente naquele domínio, designadamente através das cláusulas de salvaguarda nacional, da possibilidade de instituir cooperações reforçadas e das cláusulas de salvaguarda nacional relativamente a alguns Estados-membros e até ao próprio adiamento por cinco anos da aplicação das regras ordinárias de jurisdição do TJUE à cooperação judiciária em matéria penal. Parece-nos que só em relação ao penúltimo instrumento se poderá falar em resquício da intergovernamentalidade.

3. Ainda que o juízo que fazemos sobre a natureza e lógica do espaço penal europeu se baseie numa consideração geral (embora sempre reconhecendo a diferenciação existente em relação a alguns Estados-membros) não é possível deixar de considerar o resultado desta mesma diferenciação.

Em relação à Dinamarca, parece-nos que estamos perante uma situação de “geometria variável”, porque existe um substracto comum entre a Dinamarca e os restantes Estados-membros e que consiste nos actos e medidas adoptados no âmbito do antigo Terceiro Pilar, embora aquele Estado tenha optado por não participar dos actos e medidas relativos ao espaço de liberdade, segurança e justiça que após o Tratado de Lisboa seja adoptados e não exista a possibilidade de posteriormente este país optar por participar nos diversos actos e medidas que naquele âmbito vão sendo adoptadas, o que justifica que não enquadremos a sua situação no conceito de “Europa à *la carte*”.

Diferentemente, em relação à Irlanda e ao Reino Unido consideramos tratar-se de uma situação de “Europa à *la carte*”, uma vez que àqueles Estados é reconhecida a faculdade de escolher, como se de um menu se tratasse, dos actos e medidas adoptados no seio da cooperação judiciária em matéria penal de que queiram participar.

Situação diferente é a que pode ser criada com a instituição de cooperações reforçadas já que essa hipótese é aberta a todos os Estados-membros. Claramente tratar-se-á de uma situação de “geometria variável”, uma vez que haverá sempre um substracto comum de actos e medidas relativos à cooperação judiciária em matéria penal e a diferenciação se baseará no conteúdo específico do acto ou medida que esteja na base da cooperação reforçada.

4. Terminamos o nosso estudo com as palavras de Jorge Borges de MACEDO que embora se refiram ao património europeu em geral exprimem um entendimento que julgamos traduzir o que está em causa no espaço penal europeu: “o património europeu, nas suas criações diferenciadas, não constitui, pois, uma cultura unitária e como tal dirigente (...). É muito mais uma forma complexa e expressamente diversificada de constituir por diferentes vias de exploração, consequência e alternativa, propostas possibilitadas pela atitude mental assente no direito à racionalidade, à diversidade da consequência (...). O património europeu assenta numa *unidade de atitude*, que tem permitido uma **evolução diversificada, mas confluyente**”²⁵². Em geral e em específico no domínio da cooperação judiciária em matéria penal cremos que se pretende criar um espaço jurídico assente no património de princípios e valores comum aos Estados-membros da União Europeia mas em que a diversidade é respeitada e admitida porque se crê que na sua base estará sempre aquela base partilhada pela generalidade dos

²⁵² MACEDO, Jorge Borges de, *Portugal – Europa para além da circunstância*, Temas Portugueses, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, p.31 (itálicos do Autor, negrito nosso).

Estados europeus. Na Europa, mais concretamente no âmbito da União Europeia, pressupõe-se a existência de uma identidade europeia que também no domínio jurídico-penal encontra expressão mas simultaneamente pressupõe-se a diversidade e permite-se mesmo que, no seio daquela organização internacional, alguns Estados que pretendam avançar na integração europeia estabeleçam entre si cooperações que a serem instituídas criarão ainda mais diferenciação entre os Estados-membros. Como ponto de partida no projecto de um espaço penal europeu temos a pressuposição de um património europeu penal mas porque aquele não é absoluto, aceita-se a diversidade a montante (cláusula de *opt out* retrospectiva) e a jusante (cláusulas de *opt out* prospectivas e cooperações reforçadas) desse mesmo projecto. Todavia, assim como não se pretende “atingir a unidade subalternizando a diversidade” também não se pretende o “exorbitar da diversidade dispensando a convergência”²⁵³.

²⁵³ *Ibidem*, p.16.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVARES, Pedro, *Compreender o Tratado de Lisboa*, Cadernos INA Papers, 35, Oeiras, 2007.

AMTENBRINK, Fabian / KOCHENOV, Dimitry, *Towards a more flexible approach to enhanced cooperation*, consultado em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1310773, a 29 de Março de 2013.

ASP, Petter, *The importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law*, European Criminal Law Review, 1.º Volume, N.º1, 2011, pp. 44-55, consultado em http://rsw.beck.de/rsw/upload/EuCLR/EuCLR_2011_01%5B1%5D.pdf, a 29 de Março de 2013.

BAKER, Estella / HARDING, Christopher, *From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the third pillar*, European Law Review, 2009, 34 (1), pp. 25-54.

BARRET, G., *“The king is dead, long live the king”: the recasting by the Treaty of Lisbon of the provisions of the Constitutional Treaty concerning national parliaments*, European Law Review, 2008, N.º 33 (1), pp. 66-84.

BASOCO, J. M. Terradillos, *La Constitución para Europa: un reto político-criminal*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 20, Ano 9, Janeiro /Abril 2005, pp.21-45.

BÖSE, Martin, *The principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, European Criminal Law Review, 1.º Volume, N.º1, 2011, pp. 35-43, consultado em http://rsw.beck.de/rsw/upload/EuCLR/EuCLR_2011_01%5B1%5D.pdf, a 29 de Março de 2013.

BÚRCA, Gráinne de, *The European Constitution Project after the referenda*, consultado em https://www.um.edu.mt/__data/assets/pdf_file/0006/40965/deburca_constitution_after_referenda.pdf, a 29 de Março de 2013.

CAEIRO, Pedro, *Cooperação Judiciária na União Europeia*, consultado em www.fd.uc.pt/idpee/documentacao.html, a 15 de Março de 2012;

- , *Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia*, RPCC, Ano 6, fasc.2 (1996), pp.189-208, Coimbra Editora.

CAMPOS, João Mota de/ CAMPOS, João Luiz Mota de, *Manual de Direito Europeu - O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6.^a Edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Março 2010;

- , *Manual de Direito Comunitário – O Sistema Institucional – A Ordem Jurídica – O Ordenamento Económico da União Europeia*, 5.^a Edição, Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, Almedina.

CARRERA, Sergio / GEYER, Florian, *El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º29, Ano 12, Janeiro/Abril 2008.

CARRUTHERS, Stephen, *The Treaty of Lisbon and the Reformed Jurisdictional Powers of the European Court of Justice in the Field of Justice and Home Affairs*, consultado em <http://arrow.dit.ie/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=aaschlawart>, a 12 de Outubro de 2012.

CHRISTIN, Thomas / HUG, Simon / SCHULZ, Tobias, *Federalism in the European Union – The view from below (if there is such a thing)*, 2005, consultado em <http://www2.sowi.uni-mannheim.de/lspol2/dosei/publications/Christin%20Hug%20Schulz%20JEPP%202004.pdf>, a 29 de Março de 2013.

COSTA, António Manuel de Almeida, *Alguns princípios para um direito e processo penais europeus*, RPCC, Ano 4, fasc. 1, 1994, pp. 199-215.

COSTA, Jorge Alves, *Constituição Europeia e cooperação judiciária em matéria penal: uma leitura breve*, *O Direito*, Ano 137.º, 2005. IV-V, pp. 731-753.

COSTA, José de Faria, *A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não securitário*, *RLJ*, Ano 135.º, N.º 3934, Setembro-Outubro 2005, pp.26-33.

CRAIG, PAUL, *The Treaty of Lisbon: process, architecture and substance*, consultado em http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&ved=0CFIQFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.sweetandmaxwell.co.uk%2Fcatalogue%2Fdownloaddoc.aspx%3Fsapmaterialnum%3D7216%26productid%3D501%26filename%3D501_2009170_95118.pdf%26fileserver%3DEPIC&ei=f_KFULOoH4-

N0wXp_IGABQ&usg=AFQjCNEnsi8yRLHzqJ-N6ChahKmkeSMWUg, a 12 de Outubro de 2012;

-, *Two-speed, multi-speed and Europe's future: a review of Jean Claude Piris on the future of Europe*, *European Law Review*, 2012, 37 (6), pp. 800-810.

CUNHA, Paulo Pitta e, *O Tratado Constitucional Europeu e a posição de Portugal*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Vol. I, Almedina, 2008, pp. 515-519.

DAWES, Anthony / LYNSKEY, Orla, *The ever-longer arm of ECLaw: the extension of community competence into the field of criminal law*, *Common Market Law Review*, 2008, 45, pp. 131-158.

DIAS, Augusto Silva, *De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário*, in RPCC, Ano 14 (2004), pp. 305-323.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime – Tomo I*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

DUARTE, Maria Luísa, *O direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”*, consultado em congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf, a 12/04/2012.

EHLERMANN, Claus Dieter, *Differentiation, Flexibility, Closer Co-operation: The new provisions of the Amsterdam Treaty*, *European Law Journal*, 4 (3), Setembro 1998, pp. 246-270;

, *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, EUI Working Paper RSC N.º95/21, disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/1396/95_21.pdf?sequence=1, consultado a 31 de Agosto de 2013.

FERRAZ, Vera, *A Carta dos Direitos Fundamentais da EU*, consultado em http://www.revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=157&Itemid=38, a 12 de Outubro de 2012.

FIDALGO, Sónia, *Direito Penal Europeu: entre uma europa securitária e uma europa solidária*, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXI, Coimbra, 2005, pp.931-966.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito Comunitário*, 5.ª Edição, Almedina.

HERLIN-KARNELL, Ester, *Flexibility and loyalty in the AFSJ*, consultado em <http://uaces.org/documents/papers/1102/Herlin%20Karnell.pdf>, a 29 de Março de 2013;

-, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Modern Studies in European Law, Vol. 30, Hart Publishing, 2012;

-, *The Lisbon Treaty and the Area of Criminal Law and Justice*, Swedish Institute for European Policy Studies, European Policy Analysis, n.º3, April, 2008, consultado em http://testing.sieps.se/sites/default/files/2008_3epa.pdf, a 12 de Outubro de 2012;

-, *The Lisbon Treaty: A Critical Analysis of its Impact on EU Criminal Law*, consultado em <http://www.theartofcrime.gr/eng/?pgtp=1&aid=1326306480>, a 29 de Março de 2013;

-, *What Principles Drive (or Should Drive) European Criminal Law?*, German Law Journal, Vol. 11, N.º 10, pp. 1115-1130, consultado em http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No10/PDF_Vol_11_No_10_1115-1130_Articles_Herlin-Karnell%20FINAL.pdf, a 29 de Março de 2013.

HERT, Paul de / WIECZORCK, Irene, *Testing the Principle of Subsidiarity in EU Criminal Policy: the Omitted Exercise in the Recent EU Documents on Principles for Substantive European Criminal Law*, New Journal of Criminal Law, Volume 3, 2012, 03-04, Special Edition – The Future of Criminalisation after Lisbon, Intersentia, pp. 394- 411.

HINAREJOS, Alicia, *The Lisbon Treaty Versus Standing Still: A view from the Third Pillar*, in *European Constitutional Law Review*, pp.99-116, 2009.

HINAREJOS, Alicia / SPENCER, J.R. / PEERS, Steve, *Opting out of the EU Criminal law: What is actually involved?*, CELS Working Paper, n.º1, Setembro 2012, consultado em http://www.cels.law.cam.ac.uk/Media/working_papers/Optout%20text%20final.pdf, a 29 de Março de 2013.

HORVÁTHOVÁ, Alexandra, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon – Where Shall We Go Now?*, consultado em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836754, a 12 de Outubro de 2012.

HOUSE OF LORDS, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, Volume I: Report, consultado em <http://www.just.ro/Portals/0/Analiza%20aprofundat%C4%83%20a%20impactului%20ratatului%20de%20la%20Lisabona.pdf>, a 12 de Outubro de 2012.

JACQUÉS, Jean-Paul, *Du Traité Constitutionnel au Traité de Lisbonne (Tableau d'une négociation)*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'étranger*, N.º 3, 2008, pp. 822-831.

KARAYIGIT, Mustafa T., *The area of freedom, security and justice after the Lisbon Treaty*, consultado em http://avrupa.marmara.edu.tr/dosya//MJES/Vol:16%20No:1-2/8_Mustafa%20T.Karayi%C4%9Fit.pdf, a 12 de Outubro de 2012.

KLIP, André / WILT, Harmen van der, (eds.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, consultado em <http://www.fd.uc.pt/idpee/documentacao.html> (opção *vária*) a 12 de Outubro de 2012.

LADENBURGER, Clemens, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 4 (1), Fevereiro 2008, pp 20-40.

LECZYKIEWICZ, Dorota, *Constitutional conflicts and the third pillar*, *European Law Review*, Vol. 33, N.º2, Abril, 2008, pp. 230-242;
-, *Constitutionalising the third pillar*, consultado em <http://www.cels.law.cam.ac.uk/events/Leczykiewicz.pdf>, a 29 de Março de 2013.

LIPSIUS, Justus, *The 1996 Intergovernmental Conference*, *European Law Review*, Vol. 20, N.º 3, Junho 1995, pp. 235-267.

MACEDO, Jorge Borges de, *Portugal – Europa para além da circunstância*, Temas Portugueses, Imprensa Nacional – Casa da Moeda.

MACHADO, Jónatas E. M., *Direito da União Europeia*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Outubro, 2010.

MAJONE, Giandomenico, *The common sense of European integration*, *Journal of European Public Policy*, 13:5, Agosto 2006, pp.607-626, consultado em http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic107326.files/F_Eurosceptism/Majone.pdf, a 29 de Março de 2013.

MARTINS, Ana Maria Guerra, *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2011.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança de, *O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu*, in *RPCC*, Ano 14, Fasc.3.º, Julho-Setembro 2004, pp.325-367.

MELIÁ, Manuel Cancio, *Internacionalización del Derecho Penal y de la Política Criminal: algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo*”, in *Internacionalização do Direito no novo século*, *Stvdia Ivridica*, N.º94, Coimbra Editora, pp.203-224.

MÉNY, Yves, *De la démocratie en Europe: Old Concepts and New Challenges*, in *Integration in an Expanding European Union – Reassessing the Fundamentals*, Blackwell Publishing, 2003.

MESQUITA, Maria José Rangel de, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2010;

-, *Sobre o mandato da Conferência Intergovernamental definido pelo Conselho Europeu de Bruxelas: é o Tratado de Lisboa um novo tratado?*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Vol. I, Almedina, 2008, pp. 551-575.

MITSILEGAS, Valsamis, *The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice*, *European Law Review*, 2009, 34 (4), pp. 523-560.

MORAVCSIK, Andrew, *Charles de Gaulle and Europe - The New Revisionism*, consultado em <http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/revisionism.pdf>, a 29 de Março de 2013;

-, *Europe without illusions*, consultado em <http://www.prospectmagazine.co.uk/magazine/europewithoutillusions/>, a 7 de Novembro de 2012;

-, *Europe without illusions*, consultado em http://www.wcfia.harvard.edu/sites/default/files/595__Spaak_Foundation_Moravcsik_Paper5.pdf, a 29 de Março de 2013;

-. *Federalism in the European Union: Rhetoric and Reality*, consultado em <http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/federalism.pdf>, a 29 de Março de 2013;

-, *The European Constitutional Settlement*, consultado em <http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/meunier.pdf>, a 29 de Março de 2013;

-, *What Can We Learn from the Collapse of the European Constitutional Project?*, consultado em <http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/PVS04.pdf>, a 29 de Março de 2013.

MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu – De “Roma” a “Lisboa”:* subsídios para a sua legitimação, *Quid Juris*, 2009.

OBERDORFF, Henri, *Le Traité de Lisbonne: une sortie de crise pour l’Union européenne ou plus?*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’étranger*, N.º 3, 2008, pp. 774-786.

OUWERKERK, Jannemieke W., *Criminalisation As a Last Resort: A National Principle under the Pressure of Europeanisation?*, *New Journal of Criminal Law*, Volume 3, 2012, 03-04, Special Edition – The Future of Criminalisation after Lisbon, Intersentia, pp.228- 241.

PAIS, Sofia Oliveira, *A cooperação judiciária com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa: um passo para a frente, dois passos para trás?*, *Revista do CEJ*, Lisboa, N.º 15, sem. 1 (2011), pp. 191-205;

-, *Estudos da União Europeia*, 2013, 2.ª Edição, Almedina.

PEERS, Steve, *British and Irish opt-outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) law*, version 3, *Statewatch Analysis*, consultado em

<http://www.statewatch.org/news/2009/jun/uk-ireland-analysis-no-4-lisbon-opt-outs.pdf>, a 29 de Março de 2013;

-, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, consultado em [http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/\\$UBUG/repositorio/10281501_Peers.pdf](http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/$UBUG/repositorio/10281501_Peers.pdf), a 12 de Outubro de 2012;

-, *Guide to EU decision-making and justice and home affairs after the Treaty of Lisbon*, A Statewatch publication, consultado em <http://www.statewatch.org/analyses/no-115-lisbon-treaty-decision-making.pdf>, a 29 de Março de 2013;

-, *The Mother of all Opt-outs? The UK's possible opt-out from prior third pillar measures in June 2014*, Statewatch Analysis, consultado em <http://www.statewatch.org/analyses/no-168-eu-uk-opt-out.pdf>, a 29 de Março de 2013;

-, *The 'Third Pillar acquis' after the Treaty of Lisbon enters into force*, Statewatch Analysis, consultado em <http://www.statewatch.org/analyses/no-88-analysis-third%20pillar-ver2.pdf>, a 12 de Outubro de 2012.

PERRON, Walter, *¿Son superables las fronteras nacionales del derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de derecho penal*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, N.º2 (1998), pp.209-230.

PIÇARRA, Nuno, *O espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: unificação e aprofundamento*, *O Direito*, Ano 137.º, 2005. IV-V, pp.967-1014.

PIRES, Francisco Lucas, *Europa*, Difusão Cultural, 1994.

PIRIS, Jean Claude, *The Future of Europe: Towards a Two-speed EU?*, Cambridge University Press, 2012.

PIZARRO, Noémia, *Depois de Lisboa, finalmente a Europa!*, consultado em http://www.revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=129&Itemid=38, a 12 de Outubro de 2012;

-, *O nove direito penal europeu*, consultado em http://www.revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=169&Itemid=38, a 12 de Outubro de 2012.

PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *O Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Almedina, Janeiro 2012.

PUCHALA, Donald J., *Institutionalism, Intergovernmentalism and European Integration: A Review Article*, consultado em <http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/puchala.pdf>, a 29 de Março de 2013.

REDING, Viviane, *The Future of European Criminal Justice Under The Lisbon Treaty*, discurso proferido na European Law Academy, 12 de Março de 2010, consultado em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-89_en.htm, a 17 de Junho de 2013.

RIQUITO, Ana Luísa / VENTURA, Catarina Sampaio, et al., *Carta dos Direitos Fundamentais*, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A internacionalização e a europeização do direito penal - entre a unificação e a harmonização*, in *Internacionalização do Direito no novo século*, *Stvdia Ivridica*, N.º94, Coimbra Editora, pp.225-236;
-, *O direito penal europeu emergente*, Coimbra Editora, 2008.

ROMERO, Marta Muñoz de Morales, *Conference Proceedings: Workshop on the “Manifesto on European Criminal Policy, Madrid, 9th April 2010*, *European Criminal Law Review*, 1.º Volume, N.º1, 2011, pp. 81-103, consultado em http://rsw.beck.de/rsw/upload/EuCLR/EuCLR_2011_01%5B1%5D.pdf, a 29 de Março de 2013.

SÁNCHEZ, María Acale, *Derecho penal y Tratado de Lisboa*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º30, Año 12, Mayo/Agosto 2008, pp.349-380.

SCHMIDT, Vivien A., *Democracy in Europe: The Impact of European Integration*, consultado em http://www.wh.agh.edu.pl/other/materialy/41_2009_09_23_23_09_29_Schmidt%202005%20Democracy%20in%20Europe.%20The%20Impace%20of%20European%20Integration.PDF, a 29 de Março de 2013.

SIEBERSON, Stephen C., *Inching Toward EU Supranationalism? Qualified Majority Voting and Unanimity Under the Treaty of Lisbon*, consultado em <http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol50/issue4/VJIL-50.4-Sieberson.pdf>, a 12 de Outubro de 2012.

SILVA, António Martins da, *História da Unificação Europeia – A Integração Comunitária (1945-2010)*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010;
-, *Portugal e a Europa – Distanciamento e Reencontro – A ideia de Europa e a integração europeia: ecos, reacções e posicionamentos (1830-2005)*, Palimage Editores e Centro de História da Sociedade e da Cultura, 2005.

SOARES, António Goucha, *O Tratado de Lisboa*, consultado em http://www.revistaautor.com/index.php?option=com_content&task=view&id=82&Itemid=38, a 12 de Outubro de 2012.

SPENCER, John R., *Why is the harmonisation of penal law necessary?*, in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Ed. André Klip e Harmen van der Wilt, Amsterdam, 2002, pp. 43-53.

STUBB, Alexander C-G, *A Categorization of Differentiated Integration*, *Journal of Common Market Studies*, Vol.34, N.º 2, Junho 1996, pp. 283-295.

TIEDEMANN, Klaus, *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea* (trad. Manuel Cancio Meliá), Universidad Externado de Colombia.

TRECHSEL, Alexander H., *How to federalize the European Union...and why bother*, *Journal of European Public Policy* 12(3), pp.401-418.

VILALONGA, José Manuel, *A Carta dos Direitos Fundamentais e Direito Penal*, *O Direito*, Ano 137.º, 2005. IV-V, pp.755-770.

VOGEL, Joachim, *Why is the harmonisation of penal law necessary? A comment.*, in *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Ed. André Klip e Harmen van der Wilt, Amsterdam, 2002, pp. 55-64.

WAGNER, Wolfgang, *Positive and Negative Integration in EU Criminal Law Cooperation*, consultado em <http://www.jhubc.it/ecpr-porto/virtualpaperroom/004.pdf>, a 12 de Outubro de 2012.

WEYEMBERGH, Anne, *Building a european legal area: what has been achieved and what has still to be done?*, consultado em www.cicerofoundation.org/lectures/p4weyembergh.html, a 15 de Março de 2012.

ZILLER, Jacques, *O Tratado de Lisboa* (tradução de *Les nouveaux traités européens: Lisbonne et après*), Texto Editores, 2010.

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO.....	4
-----------------	---

PARTE I DO PASSADO AO PRESENTE

CAPÍTULO ÚNICO UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICA AO ESPAÇO PENAL EUROPEU

SECÇÃO I O PASSADO

A) Introdução.....	9
B) Perspectiva histórica.....	10
1. A cooperação em matéria penal entre as décadas de 70 e o Tratado de Maastricht: da ideia à positivação.....	10
2. A falta de competência penal da União Europeia e da Comunidade Europeia.....	12
3. A criação do espaço de liberdade, segurança e justiça com o Tratado de Amesterdão: do alargamento e aprofundamento como mote do Tratado ao alargamento e aprofundamento da cooperação policial e judiciária em matéria penal.....	15
4. Do Tratado de Nice ao Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.....	21

SECÇÃO II O PRESENTE - UMA BREVE APRESENTAÇÃO DO TRATADO DE LISBOA

A) Introdução	30
B) Os antecedentes.....	31

C) Principais novidades.....	33
D) Conclusão: <i>nothing new under the sun</i>	36

PARTE II
O ESPAÇO PENAL EUROPEU
- ENTRE A COMUNITARIZAÇÃO E A DIFERENCIAÇÃO

CAPÍTULO I
OS ELEMENTOS DE COMUNITARIZAÇÃO

SECÇÃO I
O MÉTODO COMUNITÁRIO E A COMUNITARIZAÇÃO

A) O método comunitário.....	38
B) Comunitarização formal e comunitarização material.....	39

SECÇÃO II
PROCEDIMENTO DE DECISÃO E FONTES DE DIREITO NO ESPAÇO
PENAL EUROPEU

A) Procedimento decisório.....	41
1. A generalização do processo legislativo ordinário: o culminar de uma progressiva confortabilização dos Estados-membros em abdicar do controlo total dos seus ordenamentos jurídico-penais.....	40
2. A regra da maioria qualificada.....	45
B) Fontes de direito.....	47
1. A directiva.....	47
2. O regulamento.....	50
3. A decisão.....	52
C) Conclusões parciais.....	53

SECÇÃO III
O SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL EUROPEU

A) Sistema de justiça penal.....	55
1. O “triângulo judicial europeu”.....	55
2. A comunitarização através da aplicação da disciplina jurídica ordinária da jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia.....	57
3. As vias de acesso ao Tribunal de Justiça da União Europeia.....	59
4. Limitações à jurisdição do tribunal de Justiça da União Europeia.....	68
B) A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como referente axiológico do espaço penal europeu.....	69
C) Conclusões parciais.....	72

SECÇÃO IV
AS VIAS DE CONSTRUÇÃO DO ESPAÇO PENAL EUROPEU

A) Introdução - justificação e identificação.....	74
B) Vias de construção do espaço penal europeu.....	75
1. Uma visão geral.....	75
2. Relação entre as diversas vias.....	78
C) Conclusões parciais.....	95

CAPÍTULO II
OS ELEMENTOS DE DIFERENCIAÇÃO

SECÇÃO I
AS CATEGORIAS DE DIFERENCIAÇÃO NO PANORAMA EUROPEU

A) Introdução.....	98
B) As categorias de diferenciação na União Europeia.....	99
1. “Europa a várias velocidades”.....	100
2. “Geometria variável” e “Europa à la carte”.....	101

SECÇÃO II
OS MECANISMOS DE DIFERENCIAÇÃO NO ESPAÇO PENAL EUROPEU

A) Introdução.....	103
B) Cláusulas de salvaguarda nacional.....	103
C) Cooperações reforçadas.....	105
D) Cláusulas de <i>opt out</i> (cláusulas de isenção).....	109
1. Protocolo anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia n.º30, relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido.....	112
2. Protocolos anexos n.ºs 21 e 22, relativos à posição do Reino Unido e Irlanda e da Dinamarca.....	114
C) Conclusões parciais.....	121
CONCLUSÃO.....	124

