

O Direito Penal Europeu de hoje – uma breve análise crítica

André Paulino Piton

Doutor em Direito

Professor Auxiliar no Instituto Universitário da Maia

Investigador Integrado da UICCC e do JusGov – *Research Centre for Justice and Governance*

SUMÁRIO

Enquadramento histórico (muito) abreviado

Tratado de Lisboa: o novo paradigma juscriminal europeu

Conclusão: o Direito Penal Europeu que temos e o que queremos ter

1. Enquadramento histórico (muito) abreviado

É do conhecimento de todos que o desenvolvimento daquilo a que podemos chamar de Direito Penal Europeu foi, e ainda é, um processo bastante conturbado. Não podemos dizer propriamente que houve ou que há um consenso – seja sobre a sua formação estrutural, seja sobre a sua aplicação. Questões como a legitimidade da União Europeia na tutela penal, a seleção dos crimes que poderiam ou deveriam ser tutelados (tendo-se aqui em consideração a possibilidade de a União Europeia eleger e tutelar bens jurídicos penais ou, apenas, de eleger esses bens, cabendo a sua aplicação aos Estados-Membros, titulares exclusivos da aplicação de sanções penais), ou, ainda, a possibilidade de a União Europeia partilhar a responsabilidade com os Estados-Membros, tanto na identificação dos bens jurídicos em causa como na responsabilização daqueles que atentarem contra tais valores, entendidos como fundamentais para a manutenção de uma União Europeia, são questões que permanecem hoje, fundamentalmente, por resolver.

O desenvolvimento histórico da União, desde a aceitação do Tratado de Roma em 1958, não está ligado ao tratamento destas questões ligadas ao Direito Penal. Bem pelo contrário. Os objetivos iniciais da realização deste acordo entre alguns Estados da Europa passavam por colmatar certas necessidades ligadas ao pós-guerra e às prementes exigências de reconstrução dos Estados e, principalmente, evitar que tal cenário se repetisse uma terceira vez. As questões que levam, inevitavelmente, a União a enfrentar os problemas ligados ao Direito Penal surgem com a aceitação do acordo de Schengen, em 1985, que regulamentou a abertura das fronteiras internas e permitiu a livre circulação de pessoas, bens, capitais e serviços.

O que, do ponto de vista histórico, deixa muito claro que os caminhos da «política penal» da União Europeia foram feitos à medida que os problemas foram aparecendo, não tendo sido pensada enquanto estrutura orgânica fundamental para o seu desenvolvimento. O marco histórico desse processo, iniciado pela aceitação do acordo Schengen e a reformulação dada ao Tratado de Roma em 1992 na cidade de Maastricht – sendo a génese daquilo que conhecemos hoje, como o espaço de liberdade, segurança e justiça (implementado, de facto, em 1997 pelo Tratado de Amsterdão e desenvolvido pelo Tratado de Nice, em 2001) –, leva a União Europeia a incorporar, definitivamente, o Direito Penal como parte sistémica do seu desenvolvimento.

2. Tratado de Lisboa: o novo paradigma juscriminal europeu

Ao constituir e assegurar a ausência de fronteiras internas, com a criação do espaço de liberdade, segurança e justiça, a União Europeia compromete-se, sobretudo, a assegurar, equitativamente, o respeito pelos direitos fundamentais do ser humano como pilar de sustentabilidade para um sistema que visa a manutenção da liberdade, da segurança e da justiça dos seus cidadãos – pois que, aqui, passam a ter qualidade de cidadãos europeus, possuidores de direitos e deveres agora partilhados em todos os Estados-Membros¹.

Diante de uma visão macrossistémica ordinária, a construção de um sistema jurídico-penal seria fundamentada em princípios normativos consolidados por uma Constituição – o que não foi possível fazer-se na União Europeia, muito embora tenha sido tentado². No entanto, tais princípios basilares vieram alocados na última alteração aplicada ao Tratado de Roma, em 2007, na cidade de Lisboa, e não vieram desacompanhados: com eles se consagrou uma panóplia de instrumentos que municiaram a União de todas as competências necessárias, mesmo que partilhadas com os Estados-Membros, para o desenvolvimento sistémico penal, dando início a uma política criminal coordenada pela União Europeia com vista à sustentabilidade do espaço de liberdade, segurança e justiça.

De facto, nesta tríade fazia-se já sentir algum desgaste, principalmente no critério da liberdade, já que a segurança era – e ainda é – o principal propulsor da predileção legislativa infra e supra estatal de repressão da criminalidade transnacional oriunda da abolição fronteiriça. Até aqui, a principal preocupação da União Europeia era a criação e o reforço dos mecanismos de prevenção e repressão da criminalidade transnacional.

1 Os Estados-Membros, por sua vez, têm-se aproveitado do sentimento de insegurança causado pela criminalidade transnacional, principalmente pelos crimes de terrorismo – hoje, principal fonte para o desenvolvimento de implementação de normas penais cada vez mais securitárias, que acarretam a diminuição e o conseqüente desrespeito pelos direitos fundamentais – para o incremento da oferta punitiva dos seus aparelhos judiciais, aumentando consideravelmente o seu controlo sobre as liberdades individuais.

2 Para maiores desenvolvimentos sobre a proposta de uma Constituição Europeia, ver o que já dissemos em ANDRÉ PAULINO PITON, *A Integração Penal Europeia entre o Reconhecimento Mútuo e a Harmonização*. Lisboa: Editorial Jurúá, 2012, p.109 e ss. Cf., igualmente, Jorge Miranda, “A ‘Constituição Europeia’ e a Ordem Jurídica Portuguesa”, *Stvdia iuridica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 537-559; J.A. ESTÉVEZ ARAÚJO, “Constitución Europea y mutación del espacio jurídico-político”, *Boletim de Ciências Económicas*, Faculdade de Direito de Coimbra, Volume XLVII 2004 p. 181-202; PAULO FERREIRA, *Novo Direito Constitucional Europeu*. Coimbra: Editora Almedina, 2005, pp. 160 e ss.; e J. J. Gomes Canotilho, *Precisará a Teoria da Constituição Europeia de uma Teoria do Estado? – Colóquio Ibérico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 665 e ss.

Podemos dar como exemplo o mandado de detenção europeu³, que será talvez o mais marcante instrumento neste processo, sistematicamente acusado de privilegiar a segurança em detrimento da liberdade, ao não respeitar os direitos constitucionalmente garantidos⁴ ao suspeito, acusado ou condenado⁵. A criação de um mecanismo como o mandado de detenção europeu desempenhou, na verdade, múltiplas funções de grande significado. Por um lado, e em primeiro lugar, ao constituir a materialização originária do princípio do reconhecimento mútuo, deu, certamente, um fôlego novo à cooperação em matéria penal no espaço europeu e fê-la desenvolver-se a partir desta matriz que assenta na confiança mútua entre os Estados-Membros e na aceitação por parte de cada um deles de que fazem parte de um sistema articulado em função do qual podem ter – têm – que executar decisões tomadas por autoridades judiciais não nacionais. O mandado de detenção europeu constituiu, pois, nessa medida, um teste de fogo ao princípio do reconhecimento mútuo enquanto trave mestra do relacionamento entre os países da União Europeia⁶.

Entretanto, este mandado cumpriu uma função de sentido inverso, mas não por isso menos importante. De facto, foram muitos aqueles que, desde o início, chamaram a atenção para as fragilidades deste instrumento em matéria de

3 Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "O mandado de detenção europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 13, n.º 1 (jan. – mar. 2003), pp. 27-63; MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

4 Pense-se, por exemplo, na entrega de nacionais – já que o termo extradição deixa de ser utilizado entre os países da UE. Historicamente, este procedimento sempre foi constitucionalmente proibido entre nós, até ser criado um regime de exceção, em 1997 – cf. n.º 5 do art. 33.º da CRP. É relevante dizer que o *Bundesverfassungsgericht* da Alemanha recusou essa alteração constitucional, mantendo a proibição de extradição de nacionais para outros países. No entanto, a norma alemã foi alvo de alguma suavização, abrindo a porta para a possibilidade de extradição de nacionais, apenas para Estados-Membros e mesmo assim não de forma automática – vide art.º 16 da *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*.

5 Veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça da Europeia de 26 de fevereiro de 2013 no processo C-617/10, no caso *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*. Discutia-se, neste caso, o mandado de detenção europeu e a possibilidade de o Estado-Membro de execução apor uma condição à entrega do cidadão, condição essa não constante da decisão-quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, conforme alteração pela decisão-quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, argumentando que uma tal condição, sendo decorrente da ordem constitucional interna, proveria um nível de proteção mais elevado ao indivíduo. O TJ recusou uma tal interpretação, considerando que ela levaria, ao pôr em causa a uniformidade dos padrões de proteção fundamentais definidos pela decisão-quadro em causa, a violar os princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que esta pretende reforçar e, assim, a comprometer a sua eficácia.

6 Cf. Gilles de Kerchove, "La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (I)", in *La Orden de Detención y Entrega Europea*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 21-30; e Anabela Miranda Rodrigues, "La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II)", *La Orden de Detención y Entrega Europea*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 31-38.

proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos⁷. A agilidade e flexibilização permitida com a implementação do mandado e a possibilidade de detenção de pessoas num Estado-Membro e sua entrega para procedimento criminal ou cumprimento de pena ou medida de segurança em outro Estado-Membro trouxe, no reverso da medalha, o estreitamento das garantias processuais dos suspeitos, arguidos ou acusados, o enfraquecimento da tutela dos direitos fundamentais que era concedida internamente pelos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros e que estava agora em causa com a execução deste mecanismo⁸. O mandado de detenção europeu chamou, portanto, definitivamente a atenção para um problema que há muito se vinha apontando à construção da UE, mas que adquiriu uma importância sem precedentes com o aprofundamento do espaço de liberdade, de segurança e de justiça: a necessidade de uma efetiva proteção dos direitos fundamentais dentro da União Europeia⁹.

7 Veja-se, por exemplo, o que foi imediatamente dito por ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O mandado de detenção europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 13, 2003, pp. 27-63: “[p]elo que respeita ao mandado de detenção europeu, não se consagrou, entre os motivos de não execução enumerados – quer obrigatória quer facultativa –, qualquer cláusula geral de não execução de um mandado por não respeito dos direitos fundamentais. Para além de não ter deixado rasto no articulado, como já se referiu, a cláusula ‘humanitária’ de não-discriminação” (p. 47). Entretanto, o coro de críticas não diminuiu necessariamente com a normalização do procedimento. Cf. o que nos dizem, v.g., EMILY SMITH, “Running before we Can Walk? Mutual Recognition at the Expense of Fair Trial in Europe’s Area of Freedom, Justice and Security”, *New Journal of European Criminal Law*, 4, 2013, pp. 82-98; HANS G. NILSSON, “Mutual trust ou mutual mistrust?”, *La confiance mutuelle dans l’ espace pénal européen/ Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles: Éditions de l’ Université de Bruxelles, 2005, pp. 29-40; ou SUSIE ALEGRE, “Mutual Trust – Lifting the Mask”, *La confiance mutuelle dans l’ espace pénal européen/ Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles: Éditions de l’ Université de Bruxelles, 2005, pp. 41-45. Como esta última Autora sublinha, “[t]rust requires a degree of faith in the order, but, particularly where the rights of individuals are concerned, States cannot afford to trust each other on the basis of blind faith. Mutual trust must be based on mutual knowledge that such trust is reasonable. EU Member States are subject to monitoring by a number of international human rights monitoring bodies including the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Committee for the Prevention of Torture (CPT) and the European Court of Human Rights as well as UN Treaty bodies. The findings of these bodies in relation to EU Member States, however, are rarely taken into account within the context of the EU area of freedom, security and justice” (p. 43).

8 Não foi sem razão, na verdade, que os processos junto do TEDH tiveram uma acentuada subida no que respeita a esta matéria. Cf. RICHARD VOGLER, “Introduction”, *Criminal Procedure in Europe*, Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2008, pp. 19 e ss. Foram essas críticas e dificuldades que levaram às alterações introduzidas através da decisão quadro 2009/299/JAI do Conselho e, sobretudo, à aprovação das diretivas de proteção dos direitos fundamentais.

9 Nas palavras de RICHARD VOGLER, “Introduction”, *Criminal Procedure in Europe*, Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2008, pp. 1-30, “[i]t was repeatedly pointed out, however, that the rapidity of developments in these areas of prosecutorial cooperation was outpacing developments in the protection of the rights of individuals affected by these procedures. There was great concern that such ‘sword’ measures were going ahead without compensating ‘shield’ measures for procedural rights”. Cf., no mesmo sentido, SUSIE ALEGRE e MARISA LEAF, *European Arrest Warrant: A solution ahead of its time?*, London: Justice, 2003, pp. 63 e ss.

2.1. A superação do défice democrático

Com a implementação do Tratado de Lisboa, já não resta nenhuma dúvida sobre a existência de bens jurídicos europeus: eles existem e serão tutelados pela União Europeia. O Tratado prevê expressamente um leque de competências da União, tanto aquelas que partilha com os Estados-Membros, quanto as que a União exercerá em exclusividade¹⁰. As áreas em que a União exerce competências exclusivas – e, portanto, compete apenas à União Europeia, através do seu sistema bicameral, o exercício jurisdicional, aplicando os instrumentos que lhe foram atribuídos no art. 288.º do TFUE – são as seguintes: união aduaneira; estabelecimento de regras da concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro; conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas; política comercial comum, bem como aquelas que permanecem na esfera da jurisdição nacional¹¹. Já quanto ao exercício das competências partilhadas com os Estados-Membros, onde está enquadrado – entre outras¹² – o espaço de liberdade, segurança e justiça, a UE poderá exercer a sua jurisdição através de diretivas¹³, sustentada pelo princípio da subsidiariedade, por se tratar de uma matéria de competência partilhada entre a União Europeia e os Estados-Membros.

Este Tratado, por outro lado, torna o processo de decisão mais claro, ao fixar a regra da dupla maioria – 55% dos Estados com 65% da população – em substituição da ambígua ponderação de votos no Conselho¹⁴. De modo semelhante, deteta-se um reforço expressivo na componente democrática, ao aumentar significativamente o número de decisões em codecisão entre Parlamento Europeu e o Conselho de Ministros, prevendo-se, ainda, o fortalecimento da democracia participativa, através do direito de iniciativa dos cidadãos europeus, que podem pedir à Comissão para tomar uma determinada iniciativa legislativa.

No âmbito do princípio democrático, coloca-se aqui um ponto final no chamado défice democrático da União, abrindo a possibilidade de os cidadãos da

10 Nos termos dos arts. 4.º e 5.º do TUE.

11 De acordo com o n.º 2 do art. 5.º, “em virtude do princípio da atribuição, a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros”.

12 Cf. art. 4.º, n.º 2, do TFUE.

13 Nos termos do art. 82.º, n.º 2, do TFUE.

14 Conforme estipulado no n.º 4 do art. 16.º do TUE, “[a] partir de 1 de Novembro de 2014, a maioria qualificada corresponde a, pelo menos, 55% dos membros do Conselho, num mínimo de quinze, devendo estes representar Estados-Membros que reúnam, no mínimo, 65% da população da União. A minoria de bloqueio deve ser composta por, pelo menos, quatro membros do Conselho; caso contrário considera-se alcançada a maioria qualificada”.

União exercerem a sua cidadania dentro das instituições da União Europeia – além de também estarem representados pelos seus respetivos chefes de Estado, na extensão do Conselho Europeu, e pelos deputados europeus eleitos por voto direto que integram o Parlamento Europeu – manifestando-se consoante o exposto no n.º 4 do art. 11.º do Tratado da União Europeia¹⁵.

2.2. A definição de bens jurídicos europeus e o papel da Procuradoria Europeia

Deste modo, e ao menos aparentemente, ficam ultrapassadas algumas das principais questões ligadas do desenvolvimento de um Direito Penal Europeu. O Tratado de Lisboa põe termo às dúvidas que inicialmente indicámos sobre a falta de legitimidade democrática da União para instituir normas penais, por um lado, e sobre a seleção dos crimes que devem ser fixados pela União Europeia, reconhecendo a existência de bens jurídico-penais, por outro. Neste ponto, tem especial importância o facto de o Tratado prever a possibilidade de criação de uma Procuradoria Europeia¹⁶, destinada à tutela de um específico conjunto de bens jurídicos a ela adstritos.

15 A propósito do tão prolapado défice democrático da UE, cf., por todos, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 100 e ss.; e MÁRIO FERREIRA MONTE, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios para a sua legitimação*, Lisboa: Quid Iuris, 2009, pp. 95 e ss., 110 e ss. e 148 e ss. Como sublinhava este Autor, “[a]s instituições europeias, seja na União, seja na Comunidade, não têm poderes para criar tipos legais de crime e respectivas sanções, de molde a que sejam, a partir daí, aplicáveis directamente aos cidadãos. O poder que eventualmente têm carece sempre da participação dos Estados-Membros, enquanto tais, sem a qual verdadeiramente tais normas não seriam eficazes” (p. 96). Na doutrina internacional, ver as considerações de ROSARIA SICURELLA, *Diritto Penale e Competenze dell’Unione Europea*, Milano: Giuffrè Editore, 2005, pp. 297 e ss.; VICENZO MUSACCHIO, *Diritto Penale Dell’Unione Europea*, Verona: CEDAM, 2005, pp. 24 e ss.; SIMIO RIONDATO, *Competenza Penale della Comunità Europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova: CEDAM, 1996, pp. 3 e ss.; ou GIOVANNI GRASSO, “Prospettive di un Diritto Penale Europeo”, *Diritto Penale Europeo. Spazio giuridico e rete giudiziaria*, Padova: CEDAM, 2001, pp. 1-32.

16 A propósito do desenho do Ministério Público europeu a partir do Tratado Constitucional, cf. MICHELE PANZAVOLTA, “Lo Statuto del Pubblico Ministero Europeo (Ovvero, Olograma di un Accusatore Continentale)”, *Profili del Processo Penale nella Costituzione Europea*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, pp. 179-216; LORENZO SALAZAR, “Constitution pour l’Europe, programme de La Haye et ministère public européen”, *La protection des intérêts financiers de l’Union et le rôle de l’OLAF vis-à-vis de la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d’entreprises et admissibilité mutuelle des preuves – II Symposium d’Étude*, Bruxelles: Bruylant, 2005, pp. 159-168; SILVIA ALLEGREZA, “Pubblico Ministero Europeo e Azione Penale: Stato dell’Arte e Prospettive di Sviluppo”, *Profili del Processo Penale nella Costituzione Europea*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, pp. 217-258; ou LORENZO PICOTTI, “La lutte contre la fraude communautaire dans la perspective du traité établissant une Constitution pour l’Europe”, *La protection des intérêts financiers de l’Union et le rôle de l’OLAF vis-à-vis de la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d’entreprises et admissibilité mutuelle des preuves – II Symposium d’Étude*, Bruxelles: Bruylant, 2005, pp. 39-86.

O art. 86.º, n.º 1, do TFUE estabelece hoje o seguinte: “[a] fim de combater as infrações lesivas dos interesses financeiros da União, o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com um processo legislativo especial, pode instituir uma Procuradoria Europeia a partir da Eurojust. O Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu”. Prevê-se ainda que, caso não haja (como não houve) unanimidade, um grupo de pelo menos nove Estados-Membros possa solicitar que o projeto de regulamento seja submetido ao Conselho Europeu. Nessa hipótese, o processo junto do Conselho fica suspenso, sendo que, após debate e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar daquela suspensão, remete o projeto ao Conselho para adoção¹⁷.

Esta Procuradoria, entretanto instituída, depois de muitos avanços e recuos, através do regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017 (que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia), será competente para investigar, deter, instaurar a ação penal e deduzir acusação e sustentá-la na instrução e no julgamento contra os autores e seus cúmplices nas infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União previstas na Diretiva (UE) 2017/1371 e determinadas naquele instrumento¹⁸. Para o efeito, a Procuradoria Europeia faz as investigações e pratica os atos próprios da ação penal, exercendo a ação pública perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros até que o processo seja arquivado¹⁹. E poderá, eventualmente, ver os seus poderes alargados se

17 Caso haja desacordo (como existiu), e se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projeto de regulamento em questão, esses Estados notificam, no mesmo prazo, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em conformidade. Nesse caso, considera-se que foi concedida a autorização para proceder à cooperação reforçada referida no n.º 2 do art. 20.º do TUE e no n.º 1 do art. 329.º do presente Tratado, e aplicam-se as disposições relativas à cooperação reforçada.

18 Cf. art. 4.º do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017.

19 A propósito destas competências e da concreta atuação da Procuradoria Europeia, cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 337 e ss., e “O Eurojust e a construção europeia – entre a unidade e a diversidade”, *Scientia Iuridica*, LVI, 2007, pp. 77-86; ULRICH SIEBER, “O futuro do direito penal europeu: uma nova abordagem dos objectivos e dos modelos de um sistema de direito penal europeu”, *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 471-523; MÁRIO FERREIRA MONTE e JOANA WHYTE, “Cooperação Judiciária e Policial em Matéria Penal”, *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 433 e ss. Ver, igualmente, de entre a muita bibliografia a respeito desta matéria, SILVIA ALLEGREZA, “Pubblico Ministero Europeo e Azione Penale: Stato dell’Arte e Prospettive di Sviluppo”, *Profili del Processo Penale nella Costituzione Europea*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, pp. 217-258; ANTOINETTE PERRODET, “The public prosecutor”, *European Criminal Procedures*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 415-458; GIOVANNI GRASSO, “Institution du ministère public européen et droit pénal interne”, *La protection des intérêts financiers de l’Union et le rôle de l’OLAF vis-à-vis de la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d’entreprises et admissibilité mutuelle des preuves – II Symposium d’Etude*, Bruxelles: Bruylant, 2005, pp. 207-214; JOHN A. E. VERVAELE, “Las

for utilizada a prerrogativa prevista no n.º 4 do art. 86.º, que prevê que o Conselho Europeu pode, em simultâneo ou posteriormente, adotar uma decisão que torne as atribuições da Procuradoria Europeia extensivas a outros tipos de crimes que estejam relacionados com a criminalidade organizada com dimensão transfronteiriça²⁰.

Assim, tantos anos após o início do debate a respeito da (des) necessidade e da (des)adequação de um Ministério Público Europeu, esta figura surge finalmente nos quadros orgânicos da União Europeia, o que, de *per se*, é um avanço histórico extraordinário, pois que, além de pôr termo à questão da existência de bens jurídicos europeus, avança também para a sua tutela. Muito embora, como já dissemos, a sua competência esteja limitada apenas aos interesses financeiros da União Europeia.

Na realidade, ao instituir-se a Procuradoria Europeia, e limitá-la – ao menos à partida – à proteção destes interesses, diz-se pouco sobre os planos futuros, quer sobre a tutela de outros bens jurídicos – essenciais para o desenvolvimento e manutenção do espaço de liberdade, segurança e justiça –, quer sobre as competências que a Procuradoria Europeia pode vir a ter. E, neste ponto, parece haver um *déjà vu*, pois que a União empurra para o futuro as possibilidades e deixa para o presente apenas as necessidades, que nem sempre são

agencias europeas de cumplimiento de la ley en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el binomio Eurojust – Fiscalía Pública Europea”, *Nuevo Foro Penal*, 75, 2010, pp. 194-228, “Quel statut pour le ministère public?”, *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l’Union européenne*, Paris: Dalloz, 2010, pp. 171-200; LAURENT MOREILLON e ALINE WILLI-JAYET, *Coopération judiciaire pénale dans l’Union européenne*, Bâle: Helbing & Lichteahn, 2005, pp. 78 e ss.; MARTA BARGIS, “Le Disposizioni Processuali del Corpus Iuris 2000”, *Corpus Iuris, Pubblico Ministero Europeo e Cooperazione Internazionale*, Milano: Giuffrè Editore, 2003, pp. 133-182; BARBARA PIATTOLI, *Cooperazione Giudiziaria e Pubblico Ministero Europeo*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, pp. 202 e ss.; ou JOHN R. SPENCER, “Fonctionnement du parquet européen: selon quel système?”, *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l’Union européenne*, Paris: Dalloz, 2010, pp. 213-220.

20 Deixa-se, por força do n.º 3 do mesmo preceito, aos regulamentos de instituição da Procuradoria a tarefa de definir quer o seu estatuto, quer as condições em que exercerá as suas funções, as regras processuais aplicáveis às suas atividades e as que regem a admissibilidade dos meios de prova, bem como as regras aplicáveis à fiscalização jurisdicional dos atos processuais que a Procuradoria Europeia realize no exercício das suas funções. E no considerando n.º 11 do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho de 12 de outubro de 2017, diz-se que “O TFUE estabelece que o âmbito de aplicação material da competência da Procuradoria Europeia está limitado às infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União em conformidade com o presente regulamento. A Procuradoria Europeia deverá, por conseguinte, ter como funções investigar, instaurar ação penal bem como deduzir acusação e sustentá-la na instrução e no julgamento contra os autores de infrações cometidas contra os interesses financeiros da União previstas na Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, bem como de infrações que lhes estejam indissociavelmente ligadas. Qualquer alargamento de tal competência no sentido de incluir crimes graves de dimensão transfronteiriça requer uma decisão unânime do Conselho Europeu.”

prementes (mas que, sem dúvida, são aquelas sobre as quais que se conseguiu aglutinar algum consenso entre os Estados-Membros)²¹.

De qualquer modo não responde, totalmente, àquele que é o ponto de partida de qualquer atividade jurídico-penal, o de saber que bens jurídicos podem ser protegidos, além dos interesses financeiros. E se é certo que dizer que a Procuradoria Europeia terá como fim combater as infrações lesivas dos interesses financeiros da União, de acordo com o estabelecido na diretiva PIF, nos fornece algumas pistas relevantes para levar a bom termo essa tarefa, na realidade isso não será suficiente se considerarmos as necessidades atuais e futuras na repressão da criminalidade transnacional. Na verdade, em termos operativos, os interesses financeiros da União foram definidos como: todas as receitas, despesas e ativos cobertos por, adquiridos através de ou devidos a: i) o orçamento da União, ii) os orçamentos das instituições, dos órgãos e dos organismos da União criados nos termos dos Tratados, ou os orçamentos por eles geridos e controlados direta ou indiretamente²².

Esta definição, todavia, não encerra o debate, sendo que muito se tem dito e escrito ao longo dos últimos anos acerca do que sejam os interesses financeiros da União²³, continuando a tentar precisar-se o seu exato conteúdo. A questão avoluma-se, para o que qui nos interessa, quando ora se refere este tipo de criminalidade, ora se alude aos crimes graves que afetem vários

21 Coincidindo com as nossas interrogações, que já noutro lugar expressámos, ANDRÉ PAULINO PITON e FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, "O Tratado de Lisboa e a Formação do Ministério Público Europeu", *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Lisboa: Quid Juris, 2010, pp. 96 e ss., cf. André Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp: Intersentia, 2009, p. 410 e ss.

22 São as definições apresentadas no n.º 1 do art. 2.º da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal. Nela está definido que a proteção dos interesses financeiros da União diz respeito não só à gestão das dotações orçamentais, mas também a todas as medidas que lesem ou ameacem lesar os ativos da União e dos Estados-Membros, na medida em que essas medidas sejam relevantes para as políticas da União.

23 Cf., a respeito destas dificuldades, LOTHAR KUHL, "Le renforcement des dispositions existants et la lutte contre la fraude au budget de l'Union", *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union européenne*, Paris: Dalloz, 2010, pp. 99-112; LORENZO SALAZAR, "La costruzione di un spazio penale comune europeo", *Lezioni di Diritto Penale Europeo*, Milano: Giuffrè Editore, 2007, pp. 395-466; MICHÈLE CONINX, "Le renforcement des dispositions existants et la protection des intérêts fondamentaux de l'Union européenne. Eurojust et parquet européen", *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union européenne*, Paris: Dalloz, 2010, pp. 113-124; STÉPHANE RODRIGUES, "La protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Esta de lieux et perspectives", *Revista do Ministério Público*, 131, 2012, pp. 73-93; VIVIANE REDING, "On Substantive Criminal Law for the European Union", *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerp: Maklu, 2011, pp. 11-14; LUCAS DE MATTEIS, "Les améliorations récentes des dispositifs de lutte contre la fraude au budget de l'Union et contre les atteintes aux intérêts fondamentaux de l'Union", *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union européenne*, Paris: Dalloz, 2010, pp. 125-134; ROSARIA SICURELLA, "Il Corpus Iuris come modello per la definizione di un sistema penale europeo", *Lezioni di Diritto Penale Europeo*, Milano: Giuffrè Editore, 2007, pp. 707-802.

Estados-Membros²⁴, não havendo uma definição cuidada do alcance destas expressões. Caberá, aos instrumentos que, eventualmente, venham a alargar o leque de competências da Procuradoria Europeia, nos termos do n.º 4 do art. 86.º, definir quais as incriminações que poderão ser perseguidas, de modo a ultrapassar estas dúvidas.

Assim, poderemos dizer, em jeito de ponderação, que a introdução da possibilidade de criação do Ministério Público europeu no Tratado foi muito importante, sobretudo pelo papel prospetivo que desempenhou, mas é, quanto a nós, claramente insuficiente.

3. Conclusão: o Direito Penal Europeu que temos e o que queremos ter

A União Europeia está ainda longe da maturidade de um enquadramento jurídico-penal único e mais distante ainda de um direito penal europeu. Consensos vagos e avanços tímidos mostram a resistência dos Estados, demonstrando a insuportável contradição de uma União que se afirma sobre valores fundamentais comuns, mas que deixa ao gosto de cada Estado precisamente o direito que garante esses valores, pois que, no âmbito penal, compete à União estabelecer os resultados a serem alcançados e deixa aos Estados-Membros a forma e os meios para obterem aquele resultado.

Deste modo, a ideia de um Código Penal Europeu – impulsionado principalmente pelo Acordo de Schengen²⁵ – está cada vez mais distante. Apesar de todo o esforço de integração realizada até hoje pela União Europeia em matéria de ordem política, económica e social, esta ainda se apresenta como

24 De facto, se se atentar, o n.º 4 do art. 86.º utiliza os dois conceitos, o que suscita muitas dúvidas acerca da finalidade dessa divergência terminológica. Chamando a atenção para o problema, ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Antwerp: Intersentia, 2009, p. 411: “*The crimes for which the European Public Prosecutor’s Office is competent are offences against the Union’s financial interests. Paragraph 4 allows for the extension of the list of crimes for which the for which the European Public Prosecutor’s Office is competent by decision by the European Council. This must relate to ‘the perpetrators of, and accomplices in, serious crimes affecting more than one Member State’.* Paragraph 4 is formulated somewhat ambiguously; it first refers to ‘serious crime having a cross-border dimension’, which is distinct from crimes which affect more than one state”. Este problema, na verdade, é ainda agudizando na versão em inglês do art. 86.º do TFUE, uma vez que mesmo entre o n.º 1 e o n.º 2 não existe total consonância, pois que o primeiro fala em “*crimes affecting the financial interests of the Union*” e o segundo em “*offences against the Union’s financial interests*”. Muito embora possa parecer uma minudência, a verdade é que ofensas contra os interesses financeiros da União parece mais estreito do que crimes que afetem tais interesses (ainda que, diríamos nós, não os visem direta ou primariamente).

25 A ideia de um Código Penal Europeu não se deu com o alargamento de competências à Comunidade Económica Europeia promovido pelo Tratado de Maastricht, mas já em 1971 se articulava a possibilidade de um genuíno Código Penal Europeu. Neste sentido, cf. ULRICH SIEBER, “À propôs du Code penal type européen”, *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, ano 79, janeiro, 1999, p. 3.

um conjunto fragmentado de sistemas jurídicos e judiciários²⁶. Tal diversidade é particularmente notória no plano da justiça criminal, muito embora, em sentido oposto, o espaço sem fronteiras favoreça diversas formas de criminalidade, como os tráficos de droga, de sexo, de armas, de órgãos ou de mão-de-obra²⁷. Daí a necessidade de uma União também a nível substantivo e adjetivo²⁸, dada a insuficiência dos Estados no combate individualizado a esse tipo de criminalidade, fazendo-se necessária a união entre os Estados-Membros também em matéria penal, sob o escopo de dar uma resposta que faça frente à criminalidade organizada, garantindo assim um *sistema* sólido de segurança, liberdade e justiça.

Num espaço assim, em que é pressuposto todos serem dadores, mas também beneficiários, há necessidade de defender os interesses hodiernamente denominados comuns. Os cidadãos de certo país estarão agora legitimamente atentos à política de cada Estado relativamente à defesa dos interesses no seu próprio país. O mesmo é dizer que a chamada *consciência jurídica europeia*, elemento tão importante na definição das finalidades das reações criminais, alarga o seu campo a um espaço europeu e não apenas estatal²⁹. Em decorrência disso há, desde logo, o aparecimento de novos bens jurídicos³⁰, revestidos de feições europeias, distanciando-se da proteção do direito penal interno dos Estados-Membros.

A perspetiva de um território penal europeu, de inspiração comunitária e caracterizado por pôr em funcionamento um órgão como o Ministério Público europeu, que tutelaria a aplicação de um sistema jurídico-penal europeu com poderes operacionais e coativos (o projeto do *Corpus Iuris*), hoje circunscrito

26 Neste sentido, cf. FRANÇOISE TULKENS, “La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives”, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l’Union européenne*, Bruxelas: Editions de l’Université de Bruxelles, 2001, p.165.

27 MIREILLE DELMAS-MARTY, “A Caminho de um Modelo Europeu de Processo Penal”, *Revista Portuguesa De Ciência Criminal*, ano 9, maio/junho 1999, p. 230.

28 Não trataremos nesse trabalho a necessidade de um processo penal europeu, entretanto, para algumas notas sobre a matéria, cf. António Manuel de Almeida Costa, “Alguns princípios para um direito e processo penais europeus”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, fasc. 2.º, Abril – Junho 1994, pp. 199 – 215; e Mireille DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, fasc. 2.º, abril/ junho 1999, pp. 229-243.

29 Cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, “Da Autonomia Constitucional do Direito Penal Nacional à Necessidade de Um Direito Penal Europeu”, Estudos em Comemoração ao Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho, Coimbra: Almedina 2004, p.713.

30 Sobre os bens jurídicos europeus ou comunitários, suscetíveis de tantas críticas e dúvidas, ver RAÚL CARNEVALI RODRÍGUES, *Derecho Penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada: Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 365 e ss.

apenas à proteção dos interesses financeiros, parecer-nos-á uma utopia³¹. É necessário ultrapassar esse paternalismo exacerbado dos Estados-Membros, que fazem o máximo para dar o mínimo da sua soberania na esfera penal, o que colide com o próprio objetivo de União Europeia na manutenção e expansão do espaço de liberdade, segurança e justiça.

Certo será que uma aproximação à unificação penal na União Europeia – que não se quer total, mas apenas quanto aos crimes transnacionais, onde já se demonstrou a incapacidade dos Estados-Membros em lidar com este tipo de criminalidade – viria diminuir a soberania dos Estados pertencentes a União, mas também é seguro que haveria um fortalecimento da própria União Europeia frente à *sociedade do risco* e às suas modernas exigências, pois que são, na verdade, os novos paradigmas que resultam da mundialização que afetam conceitos fundamentais como o de território, o de soberania e o do próprio direito.

A Europa de hoje tem a oportunidade – se não o dever, dada a sua importância para o resto do mundo – de assumir o desafio de harmonização sistémica no direito penal e instituir um «Ato Único Penal» preparado para a criminalidade do século XXI. Enquanto as instituições responsáveis pelo desenvolvimento das políticas da União Europeia mantiverem a cooperação judiciária em matéria penal assente no princípio do reconhecimento mútuo, esta União dificilmente conhecerá um real espaço de liberdade, segurança e justiça, por faltar o elemento básico entre os Estados-Membros: a confiança. A confiança que só é possível entre aqueles que compartilham dos mesmos princípios. Deste modo, não se terá um espaço de liberdade, segurança e justiça em sentido efetivo e próprio, sendo que a União na Europa está a tornar-se mais numa afirmação global e principiológica de justiça do que num projeto real de criação de instrumentos para alcançar o espaço de liberdade. O que a União Europeia mostra é a ausência de um espaço integrado, com um projeto comum no domínio penal, aparentando antes ser um mosaico retalhado de fronteiras, com uma harmonização incoerente de mínimos, sem obedecer a um programa político ou criminal, mera harmonização do limite mínimo das penas máximas, a demonstrar a falta de coesão estrutural. Harmonização aparente apenas pela sanção, sem abranger – ou quase – os elementos do crime, as penas alternativas, as formas de execução, etc.

Uma União que proclama a dignidade de todos e os valores que a garantem – do Estado de Direito, da proporcionalidade e da igualdade – exige um programa de justiça penal, mas o que mostra é um direito penal que absurdamente se separa dos valores que o alicerçam, um direito penal que se afirma quase

31 Quem o afirma é ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Eurojust e a construção europeia – entre a unidade e a diversidade”, *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LVI n.º 309 – janeiro/ março 2007, p. 85.

só securitário sem uma partilha efetiva democrática dos parlamentos. O que mostra é o reconhecimento mútuo de sistemas penais autónomos sem uma base principiológica, essencial para uma equidade sistémica, constituindo-se como uma validação para o desequilíbrio existente na tutela de bens-jurídicos essenciais para o desenvolvimento e segurança jurídica dos cidadãos europeus. O direito penal é, por excelência, o protetor dos valores primordiais de uma sociedade; as molduras penais mais não são, afinal, do que a tradução dessa hierarquia de valores, onde reside a própria legitimação do direito penal.

A passagem de um «espaço» para um «sistema» de justiça penal não se faz por si. Há uma mudança de perspetiva, que pressupõe opções essenciais, quer ao nível material quer processual. Temos agora a oportunidade de repensar o travejamento de uma política criminal europeia. Isto significa, desde logo, colocar a questão da legitimidade e necessidade das incriminações, não devendo bastar ao trabalho de harmonização a mera comparação entre os vários ordenamentos nacionais. Depois, ao nível das sanções criminais, deve refletir-se sobre o sentido e finalidade da punição³². Vai aqui implicado um debate sobre as penas alternativas³³ à prisão e, mesmo, sobre uma estratégia europeia alternativa à prisão ou sobre as perspetivas de uma justiça reparadora. Finalmente, é preciso equacionar a proteção dos direitos fundamentais ao nível das garantias processuais e do seu controlo jurisdicional.

Nas palavras – infelizmente ainda muito atuais – de Anabela Miranda Rodrigues, “[p]odemos ser tentados a ver num horizonte longínquo a realização do projeto penal europeu, mas não nos iludamos: é agora o momento-chave para colocar a questão do modelo de direito penal que queremos para a Europa de amanhã. Senão, corremos o risco de ter como resultado um direito penal que consciente e deliberadamente não escolhemos”³⁴.

32 Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.167 e ss.

33 *Idem, ibidem*.

34 *Idem, ibidem*.