

STVDIA IVRIDICA 104
AD HONOREM — 6

Comissão Redatora

ALMEIDA COSTA — EHRHARDT SOARES — CASTANHEIRA NEVES
LOPES PORTO — FARIA COSTA — JOÃO LOUREIRO

Redator Delegado

JOÃO CARLOS LOUREIRO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO**

Volume III

**Direitos e Interconstitucionalidade:
entre Dignidade e Cosmopolitismo**

Organizadores:

FERNANDO ALVES CORREIA
JÓNATAS E. M. MACHADO
JOÃO CARLOS LOUREIRO



2012



Coimbra Editora

ISSN 0872-6043

ISBN 978-972-32-2056-8 (Obra completa)
ISBN 978-972-32-2053-7 — Vol. III

Depósito Legal n.º 350 901/2012

iguais; nenhuma espécie é igual à humanidade. Existem duas proposições básicas que fazem o conceito de dignidade humana. A ideia de que a humanidade é especial surge quando as espécies são comparadas entre si a partir de um ponto de vista externo e desindividualizado (apesar de apenas humano). Quando nos referimos à dignidade da espécie humana, poderíamos falar da estatura da raça humana, enquanto distinta do status dos indivíduos»⁽⁶⁵⁾. Ora, se o status é um conceito largamente negativo, definido por aquilo que o invade ou até elimina, a estatura pode apenas ser definida positivamente, por aquilo que é conseguido humanamente. Por isso mesmo, aquilo que em última análise permite distinguir a dignidade humana dos direitos humanos não são os valores morais, embora estes se achem presentes no conceito, mas os valores existenciais, os valores de identidade, que conferem a cada vida humana, mas também à vida humana no confronto com as demais espécies, um valor único⁽⁶⁶⁾.

A JURISDIÇÃO PENAL DA UNIÃO EUROPEIA COMO META-JURISDIÇÃO: EM ESPECIAL, A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE AS BASES DE JURISDIÇÃO NACIONAIS

Pedro CAEIRO

O presente texto é uma refundição de dois estudos sobre o problema da jurisdição em matéria penal na (e da) União Europeia (UE) recentemente publicados⁽¹⁾, que se justifica por duas razões.

Antes de mais, porque parece necessária uma compreensão integrada dos dois temas, englobando ambos os perfis da jurisdição da UE numa unidade de sentido que contribua para uma primeira aproximação a uma teoria da jurisdição da União Europeia em matéria penal⁽²⁾, pois o problema não pode permanecer

⁽¹⁾ O primeiro, intitulado "Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts, and beyond", *KritV* 4/2010, p. 366 e ss., é o desenvolvimento da conferência "Conflicts of jurisdiction in the European Union: introducing the poor relation to the family", incluída no painel "European Justice as a control of mutual cooperation of EU Member States: the principle of 'ne bis in idem' and conflicts of competences as challenges" do simpósio "Criminal Justice in Europe: Challenges, Principles and Perspectives", organizado pela Universidade do Luxemburgo em Outubro de 2010.

O segundo, elaborado a partir de um comentário oral que fiz à apresentação de Anne-Sophie Massa, intitulada "Jurisdiction in England and Wales and in the Netherlands: a comparative appraisal with a European touch", no âmbito do Colóquio "Substantive Criminal Law of the European Union" organizado pela Universidade de Maastricht em Janeiro de 2011, foi publicado com o nome "Commentary on the 'European touch' of the comparative appraisal", juntamente com as restantes intervenções, no volume André Klip (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011.

⁽²⁾ Sobre a necessidade de uma teoria da jurisdição penal da UE, vd. por último ROSARIA SICURELLA, "Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law", in André Klip (ed.) (n. 1), p. 233 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cf. George Kateb, *Human Dignity*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., e Londres, 2011, p. 6.

⁽⁶⁶⁾ Cf. George Kateb, *Human Dignity*, cit., pp. 9 e ss.

semi-encoberto no domínio quase mágico da adivinhação, pontualmente iluminado, numa ou noutra vertente, por alguns actos de revelação.

Depois, porque se deu a circunstância fortuita de o tratamento dos dois temas se me ter apresentado pela ordem inversa daquela que a lógica aconselharia. Com efeito, o primeiro, versando sobre a prevenção e resolução de conflitos de jurisdição na União Europeia, supõe já, de alguma forma — ao menos numa certa visão das coisas —, o esclarecimento do segundo, onde se trata ex professo da competência da União Europeia para legislar sobre a jurisdição penal dos Estados-membros. Esta inversão pode ter causado perplexidades e incongruências que importa avaliar e superar.

I — Introdução

1. Os poderes da União Europeia derivam das atribuições e competências que lhe são conferidas pelos Tratados. Hoje, é inequívoco que a UE é titular de uma *jurisdição penal autónoma*, pois cabe-lhe estabelecer “regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções” nos domínios constantes dos n.ºs 1 e 2 do art. 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) ⁽³⁾, bem como prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros, nos termos do art. 82.º, n.º 1, al. b), do mesmo diploma, dispondo por isso dos poderes que caracterizam a jurisdição (prescritiva) em matéria penal (definir o conteúdo e o âmbito de aplicabilidade das proibições penais ⁽⁴⁾).

Trata-se, todavia, de uma jurisdição *sui generis*. Com efeito, se a analisarmos, como devemos, a partir do paradigma estatal — dada a particular relação

⁽³⁾ Os dois números do art. 83.º prevêem a mesma competência de aproximação das leis penais nacionais, que parece todavia ligar-se a atribuições ligeiramente diferentes: enquanto a norma do n.º 1 sugere o desenvolvimento de uma política criminal europeia *a se stante* relativamente a certos domínios de criminalidade grave com dimensão transfronteiriça (geneticamente mais próxima da idiossincrasia em que assentava o antigo “terceiro pilar”), o n.º 2 incorpora a chamada “competência anexa”, que supõe a pré-existência de uma política (não-penal) da UE em áreas que já foram objecto de medidas de harmonização, cuja execução eficaz só pode ser conseguida (“indispensável”) por meio da aproximação das leis penais (geneticamente mais próxima da controversa “competência penal comunitária” do antigo “primeiro pilar”).

⁽⁴⁾ Desenvolvidamente, PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*, 2010, p. 24 ss., e 215 ss.

entre o Estado e o *ius puniendi* ⁽⁵⁾ —, notamos que ela apresenta, em relação àquele, quatro diferenças estruturais: a primeira prende-se com a determinação, nos Tratados, do seu âmbito material e do modo do seu exercício; a segunda, com a limitação das espécies de poderes que abarca; a terceira, com a sua natureza mediata perante a realidade que, em último termo, pretende regular; a quarta, com o específico dever que à UE incumbe de prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros.

1.1. A limitação do âmbito material e do modo de exercício da jurisdição penal da UE deriva directamente do *princípio da especialidade*, de acordo com o qual a UE só goza das atribuições e competências outorgadas nos Tratados, contrastando com o espaço de radical indeterminação e abertura onde vive a jurisdição penal estatal, coerentemente com a *Kompetenz-Kompetenz* — *sc.*, “o poder para fixar em cada tempo os seus fins e os meios e processos através dos quais pretendem concretizá-los” ⁽⁶⁾ — que lhe subjaz ⁽⁷⁾.

1.2. A jurisdição penal da UE tem um âmbito mais limitado do que a dos Estados quanto às *espécies* de poderes que abarca, pois a União não dispõe de jurisdição *judicativa* — *sc.*, do poder de definir certo facto concreto como crime através da efectiva aplicação das normas pertinentes, com vista à imposição das penas aí previstas ao seu agente ⁽⁸⁾ —, nem de jurisdição *executiva*

⁽⁵⁾ Em pormenor sobre esta relação e os seus equívocos, *ibidem*, p. 47 ss., e 203 ss.

⁽⁶⁾ ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, “Soberania e União Europeia”, in *Temas de Integração* 7-4 (1999), p. 21.

⁽⁷⁾ Sobre a “competência da jurisdição” dos Estados, cf., em perspectivas diferentes, KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, 3.ª ed., 2011, p. 23 s., nm. 4, e PEDRO CAEIRO (n. 4), p. 325 ss.

⁽⁸⁾ A falta de titularidade de jurisdição judicativa não significa que o Tribunal de Justiça (TJ) não possa tomar decisões de grande relevo para os ordenamentos jurídico-penais dos Estados-membros, nomeadamente as que têm por efeito estabelecer a incompatibilidade de certa norma ou regulamentação penal nacional com o direito europeu, na medida em que clarificam os limites postos pelo último ao âmbito de aplicabilidade dos primeiros, bem como, naturalmente (porque são pressuposto deste jogo), as decisões que afirmam a prioridade aplicativa do direito europeu em face dos ordenamentos estatais. Todavia, estas decisões do TJ não integram poderes de jurisdição judicativa porque se limitam a interpretar o direito europeu e não produzem, portanto, a situação jurídica nova que tipicamente resulta da aplicação do direito (*v. g.*, a qualificação de um facto como crime numa acusação ou numa sentença).

— *sc.*, do poder de fazer cumprir as sanções impostas pela prática de crimes. Assim, a UE dispõe apenas de jurisdição *prescritiva* — *sc.*, do poder de decidir sobre as normas que ameaçam certas condutas com sanções penais e de definir o respectivo âmbito de aplicabilidade —, que todavia, como veremos nos dois pontos seguintes, tem também uma índole particular.

1.3. Admitindo, como ponto de partida, a proposição segundo a qual a UE não goza do poder de emanar normas penais com eficácia imediata, tendo apenas competência para impor aos Estados-membros deveres de editar normas primárias e respectivas regras de aplicabilidade⁽⁹⁾, verificamos que a jurisdição da UE em matéria penal é uma *jurisdição de segundo grau*, ou, mais rigorosamente, uma *meta-jurisdição*⁽¹⁰⁾, pois consiste no poder de determinar, sob

⁽⁹⁾ Ao longo do texto, usaremos os seguintes conceitos: as *normas primárias* descrevem o conteúdo da proibição (o que é proibido), para cuja violação prevêem penas, enquanto as *normas secundárias* (ou *regras de aplicabilidade*) desenham o alcance, ou âmbito, da proibição (o círculo de pessoas cujos factos são abrangidos pela norma: “wem gegenüber die Normen (...) gelten, auf wessen Taten sie angewendet werden sollen”: GÜNTER STRATENWERTH / LOTHAR KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5.ª ed., 2004, p. 53) através da exigência de uma conexão da conduta com uma certa ordem jurídica (*bases de jurisdição*). Essa conexão pode misturar elementos fácticos e normativos (p. ex., a territorialidade do facto e a nacionalidade do agente), ou ter uma natureza puramente normativa (p. ex., uma obrigação internacional que vincule um Estado ao exercício de jurisdição extraterritorial sobre certas espécies de crimes). As duas categorias de normas formam uma *unidade funcional* e a sua conjugação dá-nos a imagem básica do conteúdo e alcance de um dado sistema jurídico-penal, que permitirá determinar se essa lei é *aplicável* a um facto concreto.

Quando certo sistema jurídico é aplicável a um *facto*, a jurisdição judicativa sobre o *caso* pode depender da ausência de alguns requisitos negativos (p. ex., de uma decisão estrangeira relevante para efeitos do *ne bis in idem*, ou de imunidades *ratione personae* conferidas pelo direito internacional) e da verificação de requisitos positivos [p. ex., a presença do agente no território do Estado do foro (jurisdição universal)]. Em situações especiais [na rejeição de um pedido de extradição (administração supletiva da justiça penal) e na aceitação de um pedido de transmissão de um procedimento penal], a cooperação internacional em matéria penal instaura a jurisdição judicativa de um Estado sobre certo caso *apesar* de os factos subjacentes não caírem sob o domínio de aplicabilidade do seu sistema jurídico-penal — embora devam, por razões de ordem pública e em atenção ao próprio fundamento que justifica este poder, constituir *crime, sc.*, preencher as respectivas normas primárias.

⁽¹⁰⁾ Parece preferível empregar esta expressão, pois “jurisdição de segundo grau” poderia sugerir alguma similitude com a distinção entre normas de primeiro e de segundo

certas condições, os poderes (estatais) que determinam os sistemas jurídico-penais internos.

A este propósito, observamos que boa parte da doutrina vê agora nos arts. 325.º, n.º 4, e 33.º TFUE uma base sólida para a adopção, através de regulamentos, de normas penais em sentido próprio, com incriminações e sanções directamente aplicáveis — em suma, a atribuição de uma jurisdição penal perfeita naqueles domínios, que legitimaria um direito penal verdadeiramente supranacional da UE⁽¹¹⁾. A alteração essencial dever-se-ia, nessa perspectiva, à circunstância de ter desaparecido de ambos os dispositivos legais a reserva constante dos antigos arts. 280.º, n.º 4, e 135.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), que excluía das medidas de combate à fraude e de reforço da cooperação aduaneira aquelas que dissessem respeito à aplicação do direito penal nacional e à administração da justiça nos Estados-membros, desaparecendo com ela, ainda de acordo com os mesmos AA., “o argumento mais forte” que militava contra a competência para criar normas penais perfeitadas, naqueles domínios, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

Não duvidamos de que a supressão da referida cláusula se projecta nas competências da UE, criando a *possibilidade* de surgimento de uma competência penal num lugar que lhe estava expressamente vedado, dotada até, talvez, de certas especificidades⁽¹²⁾. Efectivamente, aquela ressalva só se compreendia como forma de negar à então Comunidade Europeia o poder de legislar em matéria penal, com as consequências que tal poder implicaria — nomeadamente a utilização do procedimento legislativo aplicável no âmbito do primeiro pilar.

grau e trata-se, na verdade, de problemas inteiramente diversos. A circunstância de ser uma meta-jurisdição, com o sentido que aqui lhe é dado, não significa que estejamos perante um poder mais fundo e extenso, geneticamente anterior ou dotado de um grau superior de legitimação relativamente à jurisdição dos Estados-membros (diferentemente do que sucede, portanto, com aquilo que ANNA STILZ, “Why do States have territorial rights?”, *International Theory* (2009), 1:2, p. 185 ss., denomina de “*metajurisdictional right of the people*” sobre os poderes jurisdicionais do Estado). No contexto europeu, o “poder sobre poder” decorre, muito simplesmente, das características intrínsecas dos actos da União (cujos efeitos os Estados-membros se obrigaram a aceitar) e, em particular, do mecanismo da prioridade aplicativa, como ponto de equilíbrio entre sistemas normativos com domínios de aplicabilidade parcialmente coincidentes (desenvolvidamente, PEDRO CAEIRO (n. 4), p. 440 ss.).

⁽¹¹⁾ Assim, HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4.ª ed., 2010, p. 100 ss.; KAI AMBOS (n. 7), p. 388 ss.

⁽¹²⁾ Cf. as sugestões de ROSARIA SICURELLA (n. 2), p. 236 e ss.

Ora, com a unificação dos pilares e a generalização do (anterior) procedimento legislativo comunitário trazidas pelo Tratado de Lisboa, ela não faria qualquer sentido.

Porém, não nos parece que da supressão daquela cláusula resulte necessariamente a competência da UE para legislar em matéria penal através de normas penais perfeitas, dotadas de eficácia imediata, e isto por três razões:

- a) Em primeiro lugar, não cremos que se encontrasse nela o “argumento de maior peso” (H. Satzger) para rejeitar uma competência penal comunitária: ao invés, a ressalva cumpria uma função *enfática*, sublinhando o regime que já deveria decorrer, em nossa opinião, da interpretação geral do sistema (ainda que contra a opinião do TJ) e, neste sentido, era até supérflua no plano normativo.
- b) Em segundo lugar, a simples eliminação da dita cláusula deixa os arts. 33.º e 325.º, n.º 4, TFUE na *mesma* situação de “silêncio” acerca da competência penal da UE em que se encontravam as normas do TCE que atribuíam à Comunidade o poder de adoptar as “medidas necessárias” para certo fim. Ora, era precisamente essa situação de “silêncio” (*sc.*, a ausência de uma atribuição expressa) que levava a doutrina que vimos analisando a, muito justamente, considerar tais normas insuficientes para fundar uma competência penal da CE em sentido estrito (*Rechtssetzungskompetenz*), que lhe permitisse editar normas com incriminações e sanções imediatamente aplicáveis⁽¹³⁾. Não se compreende por que razão o silêncio teria passado a valer como atribuição de competência penal, pelo que, em nosso entender, continua a aplicar-se aqui quanto se expendia a esse propósito, bem como a ideia dos “limites implícitos das competências anexas”⁽¹⁴⁾. Acompanhamos, por isso, Rosaria Sicurella, quando sustenta que “a necessidade de uma base legal específica implica que uma competência tão inovadora seja explícita e inequivocamente atribuída, não

⁽¹³⁾ Vd., p. ex., HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 1.ª ed., 2005, p. 83 ss.; KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2.ª ed., 2008, p. 415 ss. Diga-se, aliás, que, neste plano do argumento literal, o actual art. 325.º, n.º 4, não permite a adopção de “todas as ‘medidas necessárias’” (H. SATZGER (n. 11), p. 100), mas apenas das “medidas necessárias”.

⁽¹⁴⁾ PEDRO CAEIRO (n. 4), p. 535, nota 1306.

podendo ela ser implicitamente deduzida do uso da expressão genérica ‘medidas necessárias nos domínios da prevenção e combate das fraudes’, juntamente com a eliminação da referência à ‘aplicação do direito penal nacional’ (...)”⁽¹⁵⁾.

- c) Por fim, se bem vemos, o argumento de que os Estados, ao suprimir a cláusula de reserva estatal, não podiam ignorar a controvérsia que rodeava a interpretação dos arts. 135.º e 280.º, n.º 4, TUE-N, e por isso só podiam pretender instaurar, dessa forma, uma competência para editar normas penais com eficácia imediata (através de regulamentos), prova demais. Na verdade, é precisamente por os autores do Tratado conhecerem a dita controvérsia que não parece crível que, tendo cingido a intervenção legislativa da UE em matéria penal, quando se lhe referem de forma *expressa*, à aprovação de *directivas* (arts. 82.º e 83.º TFUE), pretendessem simultaneamente atribuir-lhe uma competência *implícita* para legislar por meio de *regulamentos* em matéria penal através da expressão “adoptar as medidas necessárias”⁽¹⁶⁾.

1.4. O dever “constitucional” da UE de prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros (art. 82.º, n.º 1, al. *b*), TFUE) deriva directamente da sua natureza trans-estatal, pois um Estado não tem, em princípio e salvo disposição convencional em contrário, o dever de organizar o seu sistema jurídico-penal de maneira a evitar conflitos de jurisdição com outros Estados.

Porém, esta obrigação que os Estados entenderam verter no Tratado — que é, atendendo às características da UE, uma atribuição natural, embora não co-natural aos poderes ali outorgados — condiciona sobremaneira, como veremos, o exercício da jurisdição penal por parte da União, porque as decisões tomadas nesta matéria não podem *potenciar* os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros, sob pena de desrespeitarem aquela disposição.

⁽¹⁵⁾ ROSARIA SICURELLA (n. 2), p. 236.

⁽¹⁶⁾ Da mesma forma, e apesar das dificuldades de interpretação causadas pelas diferenças entre as várias versões linguísticas, é erróneo ver no art. 86.º, n.º 2, TFUE a atribuição do poder de editar normas penais substantivas através de regulamentos: cf. PEDRO CAEIRO (n. 4), p. 563 (nota 1356) e, no sentido da conclusão, ROSARIA SICURELLA (n. 2), p. 238 s.

2. Embora o poder de decidir sobre a qualificação de certo tipo de factos como crime também se integre na jurisdição prescritiva — é até, de alguma forma, a sua dimensão fundamental, pois molda a matéria da proibição e, correlativamente, o conteúdo dos deveres —, restringiremos as considerações seguintes à competência da UE para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais.

II — A competência da UE para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais como instrumento da definição do programa de protecção penal europeu

1. O problema

Os instrumentos legislativos europeus mostram que as instituições da UE não concebem o poder de modificar as regras de aplicabilidade nacionais como um puro derivado da sua competência para prevenir e resolver conflitos de jurisdição, mas antes como parte integrante da atribuição de instituir um programa penal europeu através das leis estatais.

Com efeito, nenhuma das treze decisões-quadro que impuseram aos Estados-membros deveres de incorporar certas bases de jurisdição nas respectivas leis nacionais foi adoptada ao abrigo do art. 31.º, n.º 1, al. *d*), do Tratado da União Europeia, na versão introduzida pelo Tratado de Nice (TUE-N): todas se fundaram nos arts. 29.º, 31.º, n.º 1, al. *e*), e 34.º, n.º 2, al. *b*), do mesmo diploma. Como as bases de jurisdição não são “elementos constitutivos das infracções penais” (art. 31.º, n.º 1, al. *e*), TUE-N), podemos inferir que a legislação sobre as regras de aplicabilidade nacionais foi entendida como um meio de aproximar “as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros” (art. 34.º, n.º 2, al. *b*), TUE-N).

Mais recentemente, tanto a *Directiva relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas*⁽¹⁷⁾ como a *Proposta de Directiva relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil*, da Comissão⁽¹⁸⁾, onde se contêm normas expressas sobre jurisdição

(17) *Directiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho*, JO L 101, de 15-04-2011.

(18) *Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil e que revoga a Decisão-Quadro 2004/68/JAI*, COM(2010)94 final, 2010/0064 (COD), de 29-03-2010.

(respectivamente, art. 10.º e art. 16.º), seguem a mesma linha e adoptam como base jurídica os arts. 82.º, n.º 2, e 83.º, n.º 1, TFUE — e não o art. 82.º, n.º 1, al. *b*), TFUE.

Mas este entendimento suscita um problema: sabendo-se que a aproximação / harmonização das legislações é uma competência (“não é um fim em si mesma”⁽¹⁹⁾), a que atribuição ou atribuições deveria então estar ordenada a aproximação das bases de jurisdição? Vejamos.

2. O direito anterior

2.1. No domínio do direito anterior, o art. 34.º, n.º 2, al. *b*), TUE-N, ao definir as finalidades das decisões-quadro, fazia uma referência genérica à “aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros”, que abrangia a (mas não se restringia à) aproximação das “disposições de direito penal dos Estados-membros, nos termos do disposto na al. *e*) do artigo 31.º” (art. 29.º) (ou seja, a adopção de “medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga”). Assim, o art. 31.º, n.º 1, al. *e*), limitava, *ratione modi* (adopção de regras mínimas) e *ratione materiae* (os fenómenos criminais indicados), a aproximação das *normas primárias* (elementos dos crimes e sanções) levada a cabo através de decisões-quadro, mas, à primeira vista, a UE estaria legitimada para “aproximar” as *regras de aplicabilidade*, através do mesmo instrumento legislativo, ao abrigo do art. 34.º, n.º 2, al. *b*), criando regras mínimas e / ou máximas relativamente à jurisdição dos Estados-membros sobre, virtualmente, *qualquer* crime, desde que essa intervenção legislativa fosse consistente com as atribuições estabelecidas no Tratado⁽²⁰⁾. Porém, e precisamente por força desta

(19) JOACHIM VOGEL, “Estado y tendencias de la armonización del Derecho Penal material en la Unión Europea”, *Revista Penal* 10 (2002), p. 115; no mesmo sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, 2008, p. 95 ss.

(20) Contra, GERT VERMEULEN, “Where do we currently stand with harmonisation in Europe?”, in André Klip / Harmen van der Wilt (eds.), *Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law. Proceedings of the Colloquium, Amsterdam, 13-14 December 2001*, 2002, p. 69, para quem a conjugação dos artigos 29.º, 31.º, n.º 1, al. *e*), e 34.º, n.º 2, al. *b*), deixava “little doubt that framework decisions cannot be used for the purpose of approximation of the laws and regulations of the Member States in view of reaching goals other than the progressive adoption of measures establishing minimum rules relating

condição, parece necessário distinguir entre o poder de instituir bases de jurisdição penal — que convoca, de jeito necessário, uma competência especificamente penal — e o poder de limitá-las — que é susceptível de fundar-se em competências de carácter genérico, *v. g.*, tendentes a garantir certas liberdades contra os controlos estatais (independentemente da sua específica natureza):

- a) Relativamente ao poder de *restringir* a jurisdição dos Estados-membros, nada teria impedido a UE de adoptar, ao abrigo do art. 34.º, n.º 2, al. b), TUE-N, uma decisão-quadro que implementasse um *ne bis in idem* europeu ⁽²¹⁾, que é um limite (*hoc sensu*, uma “regra máxima”) de natureza geral e que vincula a jurisdição (judicativa) dos Estados-membros sobre qualquer espécie de crime, ordenado à protecção da liberdade de circulação ⁽²²⁾.
- b) Já a aparente competência genérica para impor bases de jurisdição sobre qualquer espécie de crime seria pouco coerente com os limites

to the constituent elements of criminal acts and penalties, which are the two aspects of substantive criminal law mentioned in Article 31(e)”. Deste modo, uma “interpretação estrita” do Tratado não permitiria a aproximação “in the area of jurisdiction law (...)”. Porém, a formulação do art. 29.º, ao referir-se ao art. 31.º, n.º 1, al. e) (“aproximação (...) das disposições de direito penal”), era muito mais específica do que a formulação do art. 34.º, n.º 2, al. b), que se referia, genericamente, à “aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros”. Assim, parece que a conjugação das duas primeiras normas significava que a aproximação de normas primárias através de decisões-quadro tinha um âmbito material limitado e só podia visar o estabelecimento de elementos mínimos dos crimes e de sanções mínimas, mas isso não afectava o âmbito do art. 34.º, n.º 2, al. b), desde que as decisões-quadro adoptadas com essa base jurídica não incidissem sobre normas primárias.

⁽²¹⁾ Como pretendeu a *Iniciativa da República Helénica tendo em vista a adopção de uma decisão-quadro do Conselho relativa à aplicação do princípio ne bis in idem* (JO C 100 de 26/04/2003, p. 24 ss.), que se baseava expressamente no art. 34.º, n.º 2, al. b), TUE-N. Estranhando, com razão, que a regulação do *ne bis in idem* se encontre ainda numa “convenção de origem extra-comunitária” com mais de duas décadas, repousando pesadamente sobre a actividade “propulsora da integração” do TJ, que “talvez extravasou os limites assinalados a esse órgão”, cf. ANTÓNIO A. MEDINA DE SEIÇA, “A aplicação do princípio *ne bis in idem* na União Europeia (aspectos de um processo ainda não transitado)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, I, 2009, p. 1001. Sobre o problema do *ne bis in idem* na UE, vd. também VÂNIA COSTA RAMOS, *Ne Bis In Idem e União Europeia*, 2009, e LUÍS SILVA PEREIRA / TERESA ALVES MARTINS, “O princípio *ne bis in idem* e os conflitos internacionais de jurisdição”, *Revista do CEJ* 7 (2007), p. 313 ss.

⁽²²⁾ Cf. A. A. MEDINA DE SEIÇA (nota 21), p. 988 e *passim*.

ratione materiae postos pelo art. 31.º, n.º 1, al. e), TUE-N: dificilmente se compreenderia que a UE pudesse desenhar o alcance de normas penais estatais relativas a domínios de criminalidade que não se incluíam no âmbito material da sua jurisdição — *v. g.*, o furto, a difamação, ou mesmo o homicídio ⁽²³⁾. Assim, parece que devia distinguir-se entre duas situações:

- Em relação aos domínios indicados no art. 31.º, n.º 1, al. e), TUE-N, a UE tinha legitimidade para impor qualquer base de jurisdição que pudesse ser considerada adequada a cada caso.
- Fora daqueles domínios, a competência para criar deveres de adoptar certas bases de jurisdição só poderia ser exercida com a finalidade de prevenir, genericamente, conflitos negativos (art. 31.º, n.º 1, al. d), TUE-N), *como um meio de construir um espaço comum de segurança e justiça*. Assim, a acção europeia neste contexto deveria restringir-se a garantir que factos cometidos em território europeu e incriminados pela lei dos Estados que com eles têm alguma conexão, ou cometidos contra a UE fora do seu “território”, não ficariam impunes por falta de jurisdição sobre os mesmos. Uma regra que obrigasse os Estados a estabelecer a sua jurisdição sobre todos os crimes ocorridos nos respectivos territórios (*lato sensu* ⁽²⁴⁾),

⁽²³⁾ Partimos aqui do pressuposto de que, antes do Tratado de Lisboa, só a UE, e já não a CE, tinha o poder de aproximar as normas penais materiais, e apenas relativamente aos fenómenos indicados no art. 31.º, n.º 1, al. e) (tráfico de estupefacientes, terrorismo e criminalidade organizada), apesar da decisão em contrário do TJ no AcTJ de 13-09-2005, *Comissão das Comunidades Europeias c. Conselho da União Europeia*, proc. C-176/03, (e jurisprudência subsequente): em pormenor, PEDRO CAEIRO, “A Decisão-quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003, p. 1070 ss., e ID. (n. 4), p. 130 ss., p. 526 ss., com outras indicações bibliográficas; no mesmo sentido da limitação material da competência da UE, vd. A. MIRANDA RODRIGUES (n. 19), p. 113, e MÁRIO FERREIRA MONTE, *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” — Subsídios para a sua Legitimação*, 2009, p. 135, embora o último A. parecesse aceitar uma coexistente competência penal da CE, nos termos em que aquele aresto a criou (cf. *ibidem*, p. 137 ss.).

⁽²⁴⁾ Ou seja, crimes cometidos, no todo ou em parte, no território de um Estado-membro, ou a bordo dos navios ou aeronaves aí registados e lugares similares: vd. *infra*.

bem como sobre crimes cometidos no estrangeiro contra específicos interesses europeus fundamentais, seria suficiente para prevenir conflitos negativos de jurisdição sobre qualquer crime cometido *no ou contra o espaço de segurança e justiça*.

2.2. Muitas decisões-quadro limitaram-se a impor a conexão da territorialidade (concebida por vezes, é certo, num sentido muito amplo ⁽²⁵⁾), flanqueada pela nacionalidade activa como mecanismo de compensação da não-extradicação de nacionais ⁽²⁶⁾, naquela que pareceria ser, *de iure*

⁽²⁵⁾ Incluindo: crimes cometidos apenas “em parte” no território do Estado-membro; crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves registados no Estado-membro ou arvorando o seu pavilhão: art. 8.º, n.º 1, als. *ab*), da (anulada) *Decisão-quadro 2003/80/JAI do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal* (JO L 29, de 5-02-2003, p. 55 e ss.); crimes cometidos através de um sistema informático acedido a partir do território do Estado-membro, independentemente de o sistema informático se encontrar nesse território: art. 8.º, n.º 5, da *Decisão-quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil* (JO L 13, de 20-01-2004, p. 44 e ss.); crimes cometidos no estrangeiro contra um sistema informático localizado no território de um Estado-membro: art. 10.º, n.º 2, da *Decisão-quadro 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação* (JO L 69, de 16-3-2005, p. 67 e ss.); crimes cometidos na zona económica exclusiva, ou equivalente, do Estado-membro, a bordo de um navio arvorando o seu pavilhão, e crimes extraterritoriais susceptíveis de causar poluição no seu território ou zona económica (desde que o navio se encontre voluntariamente presente num porto ou terminal *off-shore* desse Estado-membro): respectivamente, art. 7.º, n.º 1, als. *b*), *c*) e *f*), da *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* (JO L 255, de 30-09-2005, p. 164 e ss.); e crimes cometidos através de um sistema de informação envolvendo material armazenado num sistema informático situado no território do Estado-membro: art. 9.º, n.º 2, al. *b*), da *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* (JO L 255, de 30-09-2005, p. 164 e ss.).

⁽²⁶⁾ P. ex., os arts. 9.º, n.ºs 1 e 2, e 10.º, da *Decisão-quadro 2001/413/JAI 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 L 149, de 02-06-2001, p. 1 e ss.); o art. 6.º da *Decisão-quadro 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos* (JO L 203, de 01-08-2002, p. 1 e ss.); o art. 7.º da *Decisão-quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado* (JO L 192, de 31-07-2003, p. 54 e ss.); o art. 8.º, n.ºs 1, 2 e 3, da *Decisão-quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003, relativa à luta contra a*

dando ⁽²⁷⁾, uma abordagem sensata das regras mínimas europeias sobre o âmbito de aplicabilidade das leis nacionais. Noutros casos, esse padrão básico foi alargado ao dever de adoptar certas bases de jurisdição específicas, com fundamentos razoáveis ⁽²⁸⁾.

exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (JO L 13, de 20-01-2004, p. 44 e ss.); o art. 8.º, n.ºs 1, 2 e 3, da *Decisão-quadro 2004/757/JAI do Conselho, de 25 de Outubro de 2004, que adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga* (JO L 335, de 11-11-2004, p. 8 e ss.); o art. 10.º, n.ºs 1, 3 e 5, da *Decisão-quadro 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra os sistemas de informação* (JO L 69, de 16-3-2005, p. 67 e ss.); e o art. 7.º, n.ºs 1 e 3, da *Decisão-quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de Outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada* (JO L 300 de 11-11-2008, p. 42 e ss.).

⁽²⁷⁾ Tecnicamente, a impunidade do nacional que cometeu um crime no estrangeiro e não pode ser extraditado não resulta de um conflito negativo de jurisdição (pois um dos Estados tem poder punitivo e pretende exercê-lo); em consequência, a imposição da regra da nacionalidade nas condições referidas não serve a prevenção de conflitos negativos, e só poderia enquadrar-se na competência repressiva prevista no art. 31.º, n.º I, al. *e*), TUE-N, limitada aos domínios que aí se indicavam. Daqui resulta que a imposição da regra da nacionalidade como mecanismo de compensação da não-extradicação de nacionais (tal como, aliás, a imposição de mínimos de crime e de penas) em outros domínios violava o Tratado (por incompetência da UE).

⁽²⁸⁾ P. ex., o art. 7.º, n.º 2, da *Decisão-quadro do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre o reforço da protecção contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro, através de sanções penais e outras* (JO L 140, de 14-06-2000, p. 1 e ss.), impondo o estabelecimento de uma jurisdição extraterritorial incondicionada relativamente à falsificação do euro; o art. 9.º, n.º 1, al. *e*), da *Decisão-quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo* (JO L 164, de 22-06-2002, p. 3 e ss.), impondo o estabelecimento de jurisdição, por cada Estado-membro, sobre crimes extraterritoriais cometidos contra esse Estado ou contra instituições ou agências da União que aí tenham a sua sede; o art. 9.º, n.º 3, do mesmo instrumento, impondo o estabelecimento da administração supletiva da justiça penal; e os arts. 5.º, n.º 1, al. *b*), da *Decisão-quadro 2002/946/JAI 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 L 328, de 5-12-2002, p. 1 e ss.) e 9.º, n.º 1, al. *b*), da (anulada) *Decisão-quadro 2003/80/JAI do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à protecção do ambiente através do direito penal* (JO L 29, de 5-02-2003, p. 55 e ss.), instituindo um dever de perseguir nacionais que tenham cometido esses crimes no território de outro Estado-membro, quando a respectiva extradicação seja pedida e recusada em virtude da nacionalidade (administração supletiva da justiça penal sobre nacionais).

Todavia, algumas decisões-quadro multiplicaram, sem necessidade aparente, bases de jurisdição facultativas, potenciando as dissemelhanças entre os esquemas de aplicabilidade das leis nacionais, induzindo a sobreposição dos vários ordenamentos e criando assim as condições para o surgimento de conflitos positivos, em vez de os prevenir ⁽²⁹⁾.

Finalmente, em alguns casos, é duvidoso que a imposição de certas regras de aplicabilidade fosse consistente com as competências da UE ⁽³⁰⁾ e / ou com o direito internacional ⁽³¹⁾.

3. O direito vigente

3.1. Os tratados vigentes não contêm uma norma análoga à do art. 34.º, n.º 2, al. b), TUE-N, que permita genericamente à UE “aproximar” as legislações penais dos Estados. Assim, à primeira vista, poderia parecer que o Tratado de Lisboa ordenou a competência da UE para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais exclusivamente à prevenção e resolução de conflitos (negativos e positivos), ao abrigo do art. 82.º, n.º 1, al. b), TFUE. Também aqui convém distinguir entre a limitação e a instituição de bases de jurisdição nacionais.

a) Visto que o TFUE não contém uma norma análoga à do art. 34.º, n.º 2, al. b), TUE-N, a UE parece ter perdido o seu poder genérico para fixar “regras máximas” (limites) à jurisdição dos Estados-membros fora do âmbito do art. 82.º, n.º 1, al. b), TFUE. Porém, esta modificação formal não tem consequências práticas significativas neste campo.

Desde logo, deve notar-se que a restrição da jurisdição penal nacional pode resultar mediatamente de intervenções legislativas cujo objectivo é garan-

⁽²⁹⁾ Cf. os instrumentos referidos na n. 26, que atribuem a faculdade de estabelecer a jurisdição com base na nacionalidade activa e na circunstância de a pessoa jurídica em cujo interesse o crime foi cometido ter a sua sede, ou se encontrar estabelecida, no território do Estado-membro; e o art. 9.º, n.º 1, al. a), da *Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo* (JO L 164, de 22-06-2002, p. 3 e ss.), que permite a “extensão” da jurisdição dos Estados-membros a crimes cometidos no território de outro Estado-membro.

⁽³⁰⁾ Cf. o art. 9.º, n.º 1, al. c), da *Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo* (JO L 164, de 22-06-2002, p. 3 e ss.), na parte em que impõe o estabelecimento de jurisdição sobre crimes extraterritoriais contra Estados terceiros, cometidos por nacionais de Estados terceiros residentes num Estado-membro.

⁽³¹⁾ Vd. *infra*, III, 4.1.

tir as liberdades europeias em geral e que não supõem — ao invés do que sucede com a imposição de bases de jurisdição mínimas — uma competência penal específica. No mesmo plano, o princípio da prioridade aplicativa do direito europeu pode tornar inaplicáveis não só as normas primárias, mas também as normas secundárias que lhes desenharam a esfera de aplicabilidade (*rectius*: a norma resultante da conjugação de umas e outras), quando sejam incompatíveis com o direito europeu (geral).

Depois, fora desses casos, é difícil conceber uma intervenção legislativa especificamente destinada a limitar as bases de jurisdição penal nacionais que não integre uma forma directa ou indirecta de prevenir conflitos de jurisdição, que poderá por isso ser adoptada, em princípio, ao abrigo do art. 82.º, n.º 1, al. b), TFUE.

Isto é tanto mais assim quanto se der a devida amplitude à noção de “conflitos de jurisdição”: as situações em que múltiplas jurisdições apresentam pretensões contraditórias — p. ex., a pretensão de proibir condutas extraterritoriais que são legítimas à luz da *lex loci* (“situações neutras”) — também devem ser vistas como conflitos de jurisdição, visto que o destinatário das normas se encontra sujeito, ao actuar, a dois sistemas aplicáveis *prima facie* e, portanto, conflitantes ⁽³²⁾.

b) No que diz respeito à instituição de bases de jurisdição, a referência estrita, no art. 31.º, n.º 1, al. e), TUE-N, às “regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais”, foi substituída, nos n.ºs 1 e 2 do art. 83.º, pela expressão “regras mínimas relativas à definição das infracções penais” (itálicos nossos). A nova formulação é suficientemente ampla para abranger as normas primárias e as regras de aplicabilidade, pois ambas são indispensáveis para a definição dos comportamentos puníveis, pelo que se mantém o poder de estabelecer bases mínimas de jurisdição (*sc.*, de impor aos Estados-membros a adopção de certas bases de jurisdição) independentemente de um possível conflito negativo. A única novidade reside em que esse poder se encontra agora *explicitamente* circunscrito ao âmbito material da jurisdição da UE sobre as normas primárias, incorporando os resultados da interpretação restritiva do art. 34.º, n.º 2, al. b), proposta *supra*.

Deste modo, as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa não modificaram significativamente as competências da UE a este respeito: o estabelecimento de bases de jurisdição mínimas pode integrar o programa

⁽³²⁾ Vd. *infra*, III, 5.

penal relativo aos “crimes europeus” (art. 83.º, n.ºs 1 e 2), ou visar apenas, nos termos expostos *supra*, a prevenção genérica dos conflitos negativos de jurisdição (art. 82.º, n.º 1, al. *b*)). Em ambos os casos, a intervenção legislativa da UE deve respeitar a obrigação, que lhe incumbe, de não potenciar conflitos de jurisdição.

III — A competência da UE para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais como instrumento da prevenção e resolução de conflitos de jurisdição entre os Estados-membros

1. O problema

1.1 A prevenção de conflitos de jurisdição foi introduzida no Tratado da União Europeia pelo Tratado de Amesterdão, como um “objectivo” da “acção em comum no domínio da cooperação judiciária em matéria penal” (art. 31.º, n.º 1, al. *d*), TUE), que devia ser “instituída” para cumprir o objectivo de “facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça” (art. 29.º TUE).

Porém, durante mais de 10 anos e apesar de certas iniciativas ⁽³³⁾, a prevenção de conflitos de jurisdição parece ter sido praticamente ignorada pelos decisores políticos. Com efeito, o dever da UE de prevenir conflitos positivos foi simplesmente violado por algumas decisões-quadro já citadas, que multiplicaram, sem necessidade aparente, bases de jurisdição obrigatórias e facultativas, circunstância a que todavia não se deu grande importância ⁽³⁴⁾.

1.2. De acordo com o art. 82.º, n.º 1, al. *b*), TFUE, “o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam medidas destinadas a prevenir e resolver os conflitos de juris-

⁽³³⁾ A mais saliente das quais é o *Livro Verde sobre os conflitos de competência e o princípio ne bis in idem no âmbito dos procedimentos penais*, de 23-12-2005 (COM(2005) 696 final), apresentado pela Comissão; sobre ele, detidamente, L. SILVA PEREIRA / T. ALVES MARTINS (n. 21), p. 332 ss.

⁽³⁴⁾ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, “A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto). Sobre a transposição, para o direito português, da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* 135 (2005), n.º 3935, p. 75.

dição entre os Estados-membros” ⁽³⁵⁾. Assim, o Tratado de Lisboa adicionou a *resolução* de conflitos às atribuições da UE e esclareceu que o Parlamento Europeu e o Conselho devem adoptar medidas *legislativas* para atingir aqueles objectivos.

1.3. A generalidade dos autores e dos documentos oficiais ligam a prevenção e a resolução dos conflitos de jurisdição à regra *ne bis in idem* e há, decerto, boas razões para tratar conjuntamente ambos os assuntos. A regra *ne bis in idem* pressupõe um conflito positivo e, de certa maneira, pode ser encarada como um mecanismo abstracto de resolver esse tipo de conflitos, que se formularia assim: “quando se dá um conflito positivo de jurisdição na UE, a decisão definitiva do caso transitada em julgado num Estado-membro impede todos os restantes Estados interessados de exercer a respectiva jurisdição” ⁽³⁶⁾. Além disso, a própria existência desta regra atrai uma reflexão aprofundada sobre a necessidade de um mecanismo vinculativo que distribua a jurisdição de acordo com critérios previamente fixados, para que a prevalência de uma jurisdição e o sacrifício das restantes não seja um fruto do acaso ⁽³⁷⁾.

Todavia, a súbita relevância ganha pelo *ne bis in idem* e a crescente proliferação de estudos sobre esta regra parece terem “absorvido” o tema dos conflitos de jurisdição, estreitando a perspectiva. Assim, dir-se-ia que só existem conflitos *positivos* de jurisdição ⁽³⁸⁾, e apenas na medida necessária para evitar certas consequências indesejadas do *ne bis in idem*.

Ora, cremos que o art. 82.º, n.º 1, al. *b*), TFUE deve ter um âmbito muito mais largo, coerente com a construção de um espaço de liberdade e justiça no contexto do pluralismo jurídico europeu (= integração parcial do direito penal

⁽³⁵⁾ A concorrência de jurisdições entre a UE e os Estados-membros é organizada através das regras constantes dos Tratados (p. ex., o dever dos Estados de transporem as directivas europeias para a lei interna) e nas Constituições nacionais (p. ex., a recepção constitucional da integração europeia ou, hipoteticamente, a isenção do direito penal europeu da dimensão subjectiva do princípio da legalidade — *nullum crimen sine lege parlamentaria*), que assim estabelecem “pontos de equilíbrio”.

⁽³⁶⁾ Mas vd. *infra*, 4.3.

⁽³⁷⁾ Cf. ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law*, 2.ª ed., Intersentia, 2012, p. 473 s.; L. SILVA PEREIRA / T. ALVES MARTINS (n. 21), p. 329 e p. 353.

⁽³⁸⁾ Vd., p. ex., KAI AMBOS (n. 7) p. 474, nm. 8.

substantivo). Para sustentar o nosso entendimento convém lembrar muito brevemente certos conceitos.

2. Conflitos de jurisdição em matéria penal: definições

A expressão “conflitos de jurisdição em matéria penal” não tem um conteúdo puramente factual. Não se pretende, assim, descrever situações em que uma pluralidade de titulares (Estados ou outras entidades) possuem ou não possuem jurisdição sobre um caso. Diversamente, aquela expressão significa que, de certo ponto de vista, algum Estado (ou entidade) *deveria* ter ou exercer jurisdição sobre um caso, quando de facto nenhum a tem ou exerce (conflitos negativos), ou, inversamente, que os titulares concorrentes *não deveriam* perseguir e julgar o caso como se não houvesse pretensões de outras jurisdições (conflitos positivos).

Deste modo, afirmar que existe um conflito de jurisdição tem um valor *normativo*: de acordo com certos critérios, alguém devia actuar, ou abster-se de actuar, ou actuar de certa forma.

Os conflitos negativos e positivos surgem em casos concretos (conflitos de jurisdição *judicativa*), ao passo que a falta de jurisdição e a concorrência de jurisdições podem ser estabelecidas em abstracto, através da análise dos sistemas normativos em causa. Contudo, se é pacífico que a *resolução* de um conflito (negativo ou positivo) pressupõe sempre uma situação real, a *prevenção* de tais conflitos pode fazer-se, até certo ponto, em abstracto: respectivamente, expandindo o alcance dos ordenamentos jurídicos ou reduzindo a margem de sobreposição entre eles.

2.1. Conflitos negativos

Como dissemos, a afirmação de que se está perante um conflito negativo tem um valor normativo: alguém deveria ter, ou exercer, jurisdição. Tradicionalmente, o ponto de vista relevante é o dos Estados conectados com os factos: levando em consideração os respectivos sistemas jurídicos e programas de política criminal, pode inferir-se que a falta de jurisdição sobre aquela situação particular é um erro, uma lacuna. Consequentemente, um conflito negativo de jurisdição requer uma actuação por parte dos Estados, numa base individual ou colectiva, para alterar as suas regras jurisdicionais e evitar o resultado indesejado, ou para tomar medidas concretas no sentido de perseguir o suspeito e julgar o caso.

No contexto do nosso tema, haverá apenas que recordar que o ponto de vista relevante para a definição de uma situação como um conflito negativo de jurisdição passa a ser o da UE, a quem cabe eliminá-lo no quadro das suas atribuições e competências, transcendendo-se por essa forma os programas de protecção dos Estados individualmente considerados.

2.2 Conflitos positivos

Num momento lógico inicial, a concorrência de jurisdições (tomada em abstracto ou mesmo perante uma situação concreta) não dá origem a conflitos positivos de jurisdição, porque cada uma tem o poder autónomo de apreciar o caso, sem levar em consideração as pretensões alheias, desde que cumpra os seus deveres jurídico-internacionais: os titulares não têm que competir para prevalecer sobre os restantes, como se houvesse espaço para apenas uma decisão e, portanto, para a aplicação de uma única lei ⁽³⁹⁾.

Porém, a concorrência de jurisdições transforma-se num conflito quando vários Estados reclamam jurisdição sobre um determinado caso e, de certo ponto de vista, seria indesejável ou ilegítimo que várias decisões recaíssem sobre ele. Esse ponto de vista é exterior às jurisdições envolvidas, pressupondo portanto um contexto normativo inter-estatal (*sc.*, sujeito ao direito internacional geral e particular) ou trans-estatal (sob o domínio de organizações internacionais), e radica, *inter alia*, na protecção dos direitos e liberdades individuais e numa adequada administração da justiça. A primeira inclui a proibição da dupla punição, ou até dupla perseguição (*double jeopardy*), pelos mesmos factos; a segunda visa evitar decisões contraditórias e o desperdício de tempo e recursos.

3. A prevenção e resolução dos conflitos negativos (remissão)

Se a UE tem competência para prevenir e resolver conflitos negativos de jurisdição entre os Estados-membros, isso significa que lhe foi conferido o

⁽³⁹⁾ Esta situação é completamente diferente do conflito de leis no direito privado, para cuja resolução é necessário escolher uma das leis conflituantes através de mecanismos abstractos e previamente estabelecidos (regras de conflito). No sentido do texto, segundo cremos, recusando, neste momento prévio da consideração das jurisdições interessadas, a possibilidade da violação do princípio do juiz natural, também L. SILVA PEREIRA / T. ALVES MARTINS (n. 21), p. 343.

poder de qualificar uma dada falta de jurisdição por uma pluralidade de Estados como um conflito negativo. As situações identificáveis como conflitos negativos e os modos da sua prevenção e resolução foram já analisadas em outros passos deste estudo ⁽⁴⁰⁾, para os quais remetemos agora.

4. A prevenção e resolução dos conflitos positivos

4.1. A prevenção e a resolução de conflitos positivos no campo específico da integração europeia deveriam prosseguir uma perspectiva auto-referencial: a concepção da Europa como um espaço comum de justiça, construído sobre a assunção normativa ⁽⁴¹⁾ da confiança mútua entre os Estados-membros, que origina o reconhecimento mútuo de decisões judiciais estrangeiras ⁽⁴²⁾. A ideia básica que daqui se retira é a de que existe uma equivalência *prima facie* entre todos os Estados-membros para a perseguição e julgamento de qualquer caso ⁽⁴³⁾. Contra este pano de fundo, a concorrência de jurisdições sobre certo caso concreto é vista como geradora de conflitos que devem ser prevenidos ou resolvidos, pois a protecção dos direitos e liberdades individuais (através da proibição da dupla punição / perseguição) e a adequada administração da justiça (evitando decisões contraditórias e desperdício de recursos) *pensadas no plano europeu* conduzem a que, em princípio, o caso deva ser tratado, tão precocemente quanto possível, por uma única jurisdição.

⁽⁴⁰⁾ *Supra*, II, 2.1, b), e 3.1, b).

⁽⁴¹⁾ Vd. também ANDRÉ KLIP, "European integration and harmonisation and criminal law", in D. Curtin / J. Smits / A. Klip / J. McCahery, *European Integration and Law*, Intersentia, 2006, p. 137; e VALSAMIS MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Pub., 2009, p. 148.

⁽⁴²⁾ Na verdade, o reconhecimento mútuo encontra-se mais dependente do *conhecimento* (do sistema jurídico de um Outro re-cognoscível) e da *vontade* (de tratar a acção do Outro como se Minha fora), do que da *confiança*, que consiste somente na assunção de que a prática do outro Estado respeita a respectiva ordem jurídica, ela sim previamente *reconhecida* como equivalente.

⁽⁴³⁾ Como se depreende, aliás, do § 12 do Preâmbulo da *Decisão-Quadro 2009/948/JAI do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, relativa à prevenção e resolução de conflitos de exercício de competência em processo penal* (JO L 328 de 15-12-2009, p. 42 ss. — DQ-CJur): "dentro do espaço comum de liberdade, segurança e justiça, o princípio da legalidade da acção penal, que rege o direito processual em diversos Estados-Membros, deverá ser entendido e aplicado por forma a que se considere plenamente observado sempre que qualquer Estado-Membro garanta a instauração de um processo relativamente a uma infracção penal concreta".

4.2. Uma forma possível de evitar conflitos positivos de jurisdição seria preveni-los através da redução do âmbito de aplicabilidade dos sistemas penais nacionais e, conseqüentemente, das zonas de sobreposição entre eles. Contudo, o estabelecimento de regras abstractas e rígidas (p. ex., excluindo a jurisdição extraterritorial sobre crimes praticados no território de outro Estado-membro ⁽⁴⁴⁾) depara com dificuldades pragmáticas e normativas:

- a) Por um lado, a exclusão radical da jurisdição extraterritorial sobre crimes praticados em território europeu poderia conduzir a subestimar outros interesses que, em situações concretas, aconselham a que o procedimento penal tenha lugar numa jurisdição diversa daquela onde o facto foi praticado: é difícil afirmar, em abstracto, que o Estado territorial é *sempre*, em todos os casos, o melhor foro possível. Não pode excluir-se que, em certas circunstâncias, outros *fora* sejam mais adequados ou convenientes, e a limitação da respectiva jurisdição impediria, inelutavelmente, a aplicação daquela que se afiguraria, em concreto, a melhor solução. Por exemplo: se um cidadão português cometer um furto simples na Finlândia durante uma estadia de férias, e as autoridades finlandesas pedirem a sua entrega, o Estado Português pode condicioná-la à devolução do agente após o julgamento, para cumprir em Portugal a pena em que eventualmente tenha sido condenado na Finlândia ⁽⁴⁵⁾. Ora, num contexto de confiança mútua, seria talvez mais razoável que todo o procedimento tivesse lugar em Portugal; porém, uma limitação geral e abstracta da jurisdição extraterritorial impediria aquela solução, que só poderia ter lugar através de uma transmissão do procedimento penal, ao abrigo da Convenção

⁽⁴⁴⁾ Neste sentido, conjugando a exclusão da jurisdição extraterritorial sobre crimes praticados em território europeu com um verdadeiro direito penal europeu único relativamente a um leque restrito de crimes e com a abolição da dupla incriminação em todos os procedimentos de cooperação judiciária, ANDRÉ KLIP, "The Constitution for Europe and criminal law: a step not far enough", *MJECL* 12-2 (2005), p. 119 ss.; cf. também ANNE-SOPHIE MASSA, "Jurisdiction in England and Wales and in the Netherlands: a comparative appraisal with a European touch", in André Klip (ed.) (n. 1), p. 118 ss.

⁽⁴⁵⁾ Art. 13.º, al. c), da Lei n.º 65/2003, de 23-08 [= art. 5(3) da *Decisão-quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-membros* (JO L 190 de 18-07-2002, p. 1 ss.)].

Europeia sobre a Transmissão de Processos Penais ⁽⁴⁶⁾, ratificada por menos de metade dos Estados-membros da UE, visto que (ainda) não se adoptou, no âmbito da União, um instrumento que discipline a matéria ⁽⁴⁷⁾. Já a existência de um mecanismo de resolução dos conflitos flexível (mas vinculativo) permitiria possivelmente ter este tipo de situações em consideração, adscrevendo imediatamente a jurisdição ao “melhor foro possível”.

- b) Adicionalmente, esta solução não resolveria os conflitos causados pela dispersão trans-estatal das condutas criminosas (crimes plurilocalizados). Na verdade, a limitação da jurisdição extraterritorial, e até a redução de certas formas de territorialidade heterodoxas ⁽⁴⁸⁾, não abrange, por definição, o problema das infracções plurilocalizadas, que é provavelmente o assunto mais sensível nesta matéria e que continuaria a exigir uma ponderação das pretensões conflituantes.
- c) Por último, no plano normativo, seria necessário reflectir mais demoradamente sobre as consequências desta abordagem: p. ex., a limitação da jurisdição extraterritorial sobre crimes cometidos no território de outros Estados-membros afectaria, naturalmente, as regras relativas ao estatuto pessoal do agente (nacionalidade e residência) — mas excluiria, também, a defesa dos interesses nacionais? Em qualquer caso, tal limitação não poderia eliminar a jurisdição universal (legítima), pelo menos quando o seu exercício constitui um dever à luz do direito internacional (geral ou particular).

Assim, pode argumentar-se que seria mais conveniente implementar um mecanismo de resolução dos conflitos ágil, flexível, justo e fiável, assente numa base de dados europeia de perseguições penais em curso ⁽⁴⁹⁾: a notícia do exercício de múltiplas jurisdições desencadearia o mecanismo de resolução, permi-

⁽⁴⁶⁾ *Convenção do Conselho da Europa CETS N.º 073 sobre a Transmissão de Processos Penais*, de 15-05-1972.

⁽⁴⁷⁾ Como se sabe, a *Proposta de decisão-quadro do Conselho relativa à transmissão de processos penais*, de 30-06-2009, não foi aprovada.

⁽⁴⁸⁾ Cf., a propósito, ANNE-SOPHIE MASSA (n. 1), p. 105 ss.

⁽⁴⁹⁾ Vd. o projecto *Feasibility study on the creation of a database on prosecutions and investigations* (JAI-AGIS/2003/002), coord. Helen Xanthaki / Constantin Stefanou, 2003 (disponível em http://ials.sas.ac.uk/postgrad/cls_JAI-AGIS-2003-002_vol1pdf.htm).

tindo uma célere adscrição do caso, através de critérios pré-estabelecidos, ao melhor foro possível, eventualmente através de consultas entre os Estados interessados, com a participação da Eurojust (se necessária), conjugada com uma decisão vinculativa por parte do Tribunal no caso de não haver consenso entre elas, ou de o suspeito / arguido não concordar com a decisão tomada pelas autoridades envolvidas ⁽⁵⁰⁾.

4.3. Apesar da aprovação da DQ-CJur e das competências da Eurojust nesta área ⁽⁵¹⁾, não existem mecanismos *vinculativos* que regulem a distribuição da jurisdição ⁽⁵²⁾. Além disso, a abordagem seguida na DQ-CJur (os conflitos devem ser resolvidos *para evitar* possíveis incumprimentos da regra *ne bis in idem*) mostra-se muito equívoca, porque o respeito pelo *ne bis in idem* é um dever autónomo e independente, que já vincula os Estados-membros, e por isso, no presente contexto normativo, a concorrência de jurisdições nunca pode levar à postergação legítima desse obstáculo ao *ius puniendi* (salvo nas excepções previstas no art. 55.º da CAAS). Na realidade, os conflitos devem ser resolvidos ou prevenidos, não para assegurar o respeito pelo *ne bis in idem*, mas sim para alinhar a regra *ne bis in idem* vigente com uma noção de justiça comum. Quando tal acontecer, esta regra será vista como uma consequência natural da decisão do caso no melhor foro possível, no contexto de um espaço comum de

⁽⁵⁰⁾ Cf. OTTO LAGODNY, *Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgefallenskonflikte vorzusehen? Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz*, Berlim, Março de 2001, p. 127 ss.; e L. SILVA PEREIRA / T. ALVES MARTINS (n. 21), p. 339 ss.

⁽⁵¹⁾ Arts. 6.º, n.º 1, al. a), (ii) e 7.º, n.º 1, al. a), (ii) da *Decisão 2002/187/JAI do Conselho de 28 de Fevereiro de 2002 relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade* (JO L 63, de 6-03-2002, p. 1 ss.), na versão que lhe foi dada pela *Decisão do Conselho 2009/426/JAI de 16 de Dezembro de 2008* (JO L 138/ de 4-06-2009, p. 14 ss.).

⁽⁵²⁾ Ambas as abordagens se baseiam num consenso entre as *autoridades* competentes e sugerem que os conflitos de jurisdição devem ser resolvidos a favor da melhor *perseguição* possível, o que é, evidentemente, uma forma parcial de encarar o problema: de acordo com o Preâmbulo da DQ-CJur, que se louva no Programa da Haia, os Estados-membros devem ponderar “a aprovação de legislação sobre conflitos de competência *na perspectiva de aumentar a eficiência da acção penal* [na versão inglesa, *with a view to increasing the efficiency of prosecutions*], garantindo ao mesmo tempo a correcta administração da justiça” (§ 2, itálicos nossos), e “haverá que prestar especial atenção à questão da recolha de elementos de prova, que pode ser afectada pela condução de processos paralelos” (§ 4); vd. *infra* no texto e VALSAMIS MITSILEGAS (n. 41), p. 156.

justiça: *a tua justiça é a minha justiça* ⁽⁵³⁾. Todavia, na ausência de um mecanismo que adscrava previamente a jurisdição, a regra *ne bis in idem* cria uma situação bizarra, em que a primeira decisão “definitiva” impede a actuação das restantes jurisdições (não propriamente “quem primeiro chega, primeiro é servido”, mas antes “só o primeiro será servido”), seja qual for a qualidade do seu título.

Na verdade, o *ne bis in idem* não é um critério para prevenir ou resolver conflitos de jurisdição, mas sim um obstáculo que impede o exercício da jurisdição dos restantes Estados ⁽⁵⁴⁾. Desse jeito, evita certamente a dupla punição, mas não garante que a decisão foi tomada no melhor foro possível.

Acresce que a regulamentação presente do *ne bis in idem* é susceptível de causar outras disfunções: as jurisdições conflituantes podem entrar em verdadeira competição — e até em modo de “não-cooperação”, frontalmente oposto ao espírito dos Tratados — se cada uma delas pretender garantir que as restantes, portadoras de uma conexão menos importante com a situação (ou assim percebida), não lhe subtraíam o caso, impedindo-a de fazer *a sua* justiça.

4.4. Sublinhe-se que a equivalência de jurisdições a que nos referimos é uma mera *pré-condição* que permite eliminar o conflito adscrevendo o caso ao foro mais adequado.

⁽⁵³⁾ Uma justiça comum não significa, para este efeito, que o Estado que investiga, acusa e julga deva administrar a justiça como um representante funcional de todos os Estados com jurisdição sobre o caso, ou que o conteúdo da decisão deva ser, ao menos, satisfatório para todos eles. Como vimos, o reconhecimento mútuo permite a equivalência entre os Estados-membros como uma pré-condição *formal* para escolher o melhor foro possível (todos os Estados são elegíveis) e, nesse quadro, não pode referir-se à justiça material de decisões estrangeiras, nem depender da sua palatabilidade para a jurisdição “recognoscente”. Subjacente ao reconhecimento mútuo está precisamente a ideia de que a adopção de regras formais comuns detém um valor intrínseco que compensa eventuais prejuízos para a justiça material do caso tal como a vê a jurisdição “recognoscente”; neste sentido, também L. SILVA PEREIRA / T. ALVES MARTINS (n. 21), p. 319.

Em sentido oposto, condicionando o reconhecimento mútuo, no contexto do *ne bis in idem*, à suficiente protecção do bem jurídico (na perspectiva do segundo Estado, cujo reconhecimento se pretende) proporcionada pela primeira decisão, cf. MARTIN BÖSE, “Der Grundsatz »ne bis in idem« in der Europäischen Union”, *GA* 2003, p. 760, e KAI AMBOS (n. 7), p. 464 (nm. 116).

⁽⁵⁴⁾ O *ne bis in idem* inter-jurisdiccional não é uma invenção moderna; na realidade, a regra foi utilizada, durante vários séculos, para regular as jurisdições paralelas dos Estados e da Igreja Católica em relação aos chamados crimes *mixti fori*: a primeira decisão fazia com que a outra jurisdição ficasse *preventa*.

A determinação do melhor foro possível deve ser um juízo puramente formal, que não incorpora considerações de justiça material ou de eficácia da administração da justiça, porque, no contexto transnacional, não existem parâmetros autónomos (supranacionais) e isentos, à excepção das “regras mínimas” estabelecidas pelos actos europeus. Consequentemente, não pode lançar-se mão de *topoi* como a abordagem mais ou menos punitiva adoptada pelas jurisdições conflituantes, a probabilidade de absolvição / condenação, a (in)existência de um dever legal de acusar (legalidade / oportunidade), o eventual decurso dos prazos prescricionais, o volume da prova disponível em cada Estado, etc. O melhor foro possível é, em princípio, aquele onde o alegado crime abalou de forma mais intensa a confiança pública na validade das normas violadas e, consequentemente, onde a necessidade de uma reacção penal (aí se englobando todos os momentos relevantes: a investigação, a ritualização do julgamento e a execução da pena) se faz sentir com mais intensidade. Esta definição equivale, na maior parte dos casos, ao Estado territorial ⁽⁵⁵⁾.

Uma vez determinado o melhor foro possível, e porque o exercício de múltiplas jurisdições é, na definição proposta, inconveniente ou ilegítimo, pode afirmar-se que várias acusações / julgamentos são desnecessárias. Só nesse momento é lícito assumir a univocidade da justiça penal e a eficiência dos recursos como objectivos *comuns* ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ Admitimos que a definição da figura do “melhor foro possível” necessite de maior elaboração. Porém, isso não significa que a sua concretização deva cristalizar-se em critérios positivos e vinculativos, mesmo que se adopte a fórmula mais flexível proposta por OTTO LAGODNY (4.50), p. 104 ss., onde a “qualidade da jurisdição” seria avaliada através de uma combinação de múltiplos factores, não hierarquizados (uma jurisdição seria tanto mais adequada quanto fosse o Estado territorial, ou o Estado da residência do agente, etc.), de acordo com um princípio de “concordância prática” (K. Hesse). Diversamente, a definição que propomos parece suficientemente determinada para permitir a sua aplicação directa pelas autoridades competentes, sobretudo quando a decisão ou o seu controle caiba a um tribunal. De todo o modo, alguns dos factores mencionados por Lagodny são da maior relevância para determinar a jurisdição mais atingida pela alegada infracção (p. ex., o território onde se verificaram os factos mais característicos de certo crime [“*Schwerpunkt des charakteristischen Unrechts*”]).

⁽⁵⁶⁾ Não obstante, a abolição da dupla punição (e talvez também da dupla perseguição) pode ser vista como um objectivo comum *independentemente* de a decisão final do caso ter sido tomada no melhor foro possível — e isso explica por que razão a proibição

5. A prevenção de conflitos em “situações neutras”

5.1 Até ao momento, analisámos situações em que o conflito (negativo ou positivo) se dá apenas porque as ordens jurídicas em presença concordam na qualificação de certo facto (já praticado) como crime, mas divergem quanto à questão de saber quem deve / pode exercer concretamente a respectiva jurisdição (*judicativa*) sobre ele.

Porém, existe um outro tipo de conflitos que não envolvem o exercício da jurisdição judicativa sobre um facto já praticado, antes são identificáveis em abstracto, sem todavia integrarem uma mera “concorrência” de leis, precisamente porque não concorrem, antes *conflituam* na qualificação do facto como criminalmente ilícito. Com efeito, pode suceder que a conduta não constitua crime (*rectius*, um facto ilícito-típico) à luz da *lex loci delicti*, mas seja punida como tal por outra lei aplicável ao caso (p. ex., em virtude da nacionalidade, residência, defesa dos interesses nacionais, etc.). A situação não será muito frequente, mas é possível, especialmente se tivermos em atenção que a harmonização do direito penal substantivo se encontra sujeita ao parâmetro das chamadas “regras mínimas”, que deixa aos Estados-membros a liberdade de criar incriminações mais amplas. Esta “harmonização” nunca acabada, conjugada com a circunstância de que muitos actos europeus impõem aos Estados-membros o dever de implementar regras de jurisdição extraterritorial que não incorporam a dupla incriminação, tornam o risco de desfasamento entre as várias leis aplicáveis ainda mais plausível.

Assim, em nossa opinião, também existe um conflito de jurisdição ali onde um indivíduo possa encontrar-se sujeito a duas leis contraditórias. Os conflitos de jurisdição não podem ser vistos apenas na perspectiva da *aplicação* da lei a uma conduta já ocorrida, devem sê-lo também na perspectiva da *selecção* da lei que deve ser cumprida pelos cidadãos quando agem; ou, por outras palavras, as normas não devem ser vistas apenas na sua função *sancionatória*, mas também na sua função de *determinação* de comportamentos⁽⁵⁷⁾.

européia do *bis in idem* precedeu todas as tentativas de organizar e distribuir a jurisdição em matéria penal. Admitimos que, mesmo não existindo (ainda) tal organização, é preferível ter a proibição já em vigor — mas essa não é necessariamente a melhor solução possível: cf. *infra* no texto.

⁽⁵⁷⁾ Até ao momento, o TJ não tratou da questão de saber se as pretensões de aplicação extraterritorial da lei penal a factos praticados no território de outro Estado-membro que os considera lícitos constituem restrições ilegítimas às liberdades europeias; sobre a

Nesses casos, há argumentos fortes para exigir uma limitação da jurisdição extraterritorial, requerendo a dupla incriminação obrigatória para factos cometidos dentro da UE, excepto onde ela for dispensada pelo direito internacional (regras da protecção e da universalidade e cláusulas convencionais). Na verdade, cada Estado tem o direito, e possivelmente o dever, de garantir não apenas a liberdade individual de agir, mas também a liberdade de decidir agir subordinando-se apenas à lei local. Consequentemente, todos os Estados deveriam assegurar que quem age nos respectivos territórios só pode ser punido se violar uma disposição da lei local ou se o direito internacional permitir a sua punição por outro ordenamento. Assim, se o direito internacional não dispuser diversamente, a pretensão de exercer jurisdição extraterritorial sobre condutas que não são proibidas pela *lex loci* — também nos casos da nacionalidade activa e passiva — é uma ingerência ilegítima perante o direito internacional.

As considerações precedentes aplicam-se genericamente na cena internacional⁽⁵⁸⁾, mas têm uma força particular na UE⁽⁵⁹⁾. No contexto de um pluralismo jurídico integrado, a aceitação da lei estrangeira que subjaz ao reconhecimento das decisões proferidas pelas autoridades deve produzir efeitos logo para a qualificação do facto como lícito sempre que se trate da *lex loci*. O mesmo raciocínio subjaz ao art. 4.º, n.º 7, da *Decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu*, cit., que permite a não execução do pedido de entrega pelo simples facto de a conduta ter ocorrido no território do Estado de execução, mesmo que se trate de um crime do catálogo enunciado no art. 2.º; e ao art. 55.º, n.º 1, al. a), CAAS, que permite aos Estados-membros declara-

situação inversa (pretensão de aplicação da lei penal, ou outras medidas de carácter repressivo, a condutas territoriais com uma conexão com outro Estado-membro onde são consideradas lícitas), vd. AcTJ de 14-12-1979, *Henn and Darby*, proc. C-34/79, ECR 1979, p. 3795 ss., e AcTJ de 11-03-1986, *Conegate*, proc. C-121/85, ECR 1986, p. 1007 ss. Porém, atendendo ao teor do acórdão *Alpine Investments*, o TJ poderá vir a inclinar-se naquele sentido: “o artigo 59.º, primeiro parágrafo, do Tratado proíbe as restrições à livre prestação de serviços no interior da Comunidade em geral. Por conseguinte, esta disposição diz respeito não apenas às restrições impostas pelo Estado de acolhimento mas também às impostas pelo estado de origem” (AcTJ de 10-05-1995, *Alpine Investments BV v Minister van Financiën*, proc. C-384/93, Col. 1995, p. 1141 ss., § 30).

⁽⁵⁸⁾ Cf. KAI AMBOS (n. 7), p. 41 s., nm. 40, p. 48 s., nm. 56.

⁽⁵⁹⁾ É a mesma preocupação com o respeito pela *lex loci* que subjaz à mencionada proposta de limitação do âmbito da lei penal interna aos factos territoriais (cometidos dentro da UE): cf. *supra*, n. 44.

rem que não aplicarão o art. 54.º nos casos em que o julgamento estrangeiro diga respeito a factos que ocorreram, em todo ou em parte, no respectivo território.

5.2. De outra forma, no contexto criado pela implementação do *ne bis in idem* europeu, a ausência de uma regra de dupla incriminação obrigatória para o exercício da jurisdição extraterritorial pode conduzir a situações bizarras, como sucede no exemplo seguinte.

Portugal transpôs a *Decisão-quadro relativa à exploração sexual de crianças e à pornografia infantil*, cit., da forma mais escrupulosa e, desde 2007, o CP pune quem produzir, distribuir, adquirir ou possuir imagens pornográficas de “pessoas reais com aspecto de crianças”, ou “imagens realistas de crianças não existentes”⁽⁶⁰⁾. Além disso, este crime está agora sujeito pela lei portuguesa à jurisdição universal (unilateralmente determinada e, portanto, ilegítima perante o direito internacional⁽⁶¹⁾), condicionada apenas (como nas restantes instâncias) pela presença do agente em Portugal e pela impossibilidade da sua extradição ou entrega⁽⁶²⁾.

Recordemos que o art. 3.º, n.º 2, da *Decisão-quadro* permitia que, em certas circunstâncias, os Estados-membros “isentassem de responsabilidade criminal os comportamentos” (sic) referidos — *rectius*, na mais correcta e precisa versão alemã, excluíssem estas condutas da *própria norma de proibição*⁽⁶³⁾.

Daqui decorre que, se o agente for encontrado em Portugal, as autoridades portuguesas têm o dever de perseguir, julgar e punir um cidadão nacional ou estrangeiro que produziu, distribuiu, adquiriu ou possuiu material pornográfico daquele género num Estado-membro que tenha optado por não incriminar aquelas condutas, de forma inteiramente legítima perante o direito europeu.

Porém, há uma excepção à jurisdição (judicativa) do Estado Português sobre este caso: se o Estado territorial tiver perseguido e julgado o agente — porque, por exemplo, era duvidoso se fora ou não usado um menor “real”

⁽⁶⁰⁾ Art. 1.º, al. b), (ii) e (iii), da *Decisão-quadro 2004/68/JAI* cit. (= art. 176.º, n.º 1, al. d), e n.º 3, CP).

⁽⁶¹⁾ Apontando vários exemplos de jurisdição universal ilegítima, cf. KAI AMBOS (n. 7), p. 67 ss; vd. também PEDRO CAEIRO (nota 2), p. 257 ss.

⁽⁶²⁾ Art. 5.º, n.º 1, al. c), CP.

⁽⁶³⁾ “Ein Mitgliedstaat kann festlegen, dass die nachstehenden Handlungen im Zusammenhang mit Kinderpornografie *keinen Straftatbestand erfüllen*” (itálicos nossos).

como modelo, o que já tornaria a conduta punível — e tiver absolvido o arguido com o fundamento de que os factos não envolviam crianças “reais”, então a jurisdição dos tribunais portugueses ficaria impedida por força do *ne bis in idem* (decisão de mérito sobre os mesmos factos, à luz do Acórdão *Van Esbroeck*⁽⁶⁴⁾).

Conclui-se, portanto, que, de acordo com o quadro jurídico europeu existente, os Estados-membros podem reclamar jurisdição extraterritorial sobre condutas que não constituem crime no Estado-membro onde ocorreram — excepto se o último tiver previamente *certificado* a não punibilidade da conduta através de uma absolvição (ou decisão final análoga).

Ora, cremos que a não-punibilidade, nestes casos, não deveria depender de circunstâncias irrelevantes como a existência de uma decisão judicial que se limita a certificar-la e a prevalência dessa decisão sobre as restantes jurisdições em virtude de uma (para este efeito) contingente regulamentação do *ne bis in idem*; diversamente, ela deveria decorrer directamente da proibição de jurisdição extraterritorial selvagem num *espaço comum de justiça*.

IV — Conclusão

As considerações precedentes permitem ter uma ideia básica do que deverá ser uma política europeia sobre as bases de jurisdição penal nacionais.

Como dissemos, existe uma diferença significativa entre a UE e um Estado quando legislam sobre bases de jurisdição: a primeira tem um dever “constitucional” de prevenir conflitos de jurisdição, ao passo que o último tem legitimidade para moldar livremente a sua jurisdição, desde que respeite o direito internacional. Assim, a UE, ao exercer a sua meta-jurisdição, não pode man-

⁽⁶⁴⁾ AcTJ de 9-03-2006, *Van Esbroeck*, proc. C-436/04, § 25 ss. Uma solução diversa será porventura sustentada pelos autores que propõem uma abordagem de carácter mais normativo do *ne bis in idem*, no sentido de que o obstáculo não cobre factos que foram julgados pela primeira jurisdição de uma forma que não concede protecção aos bens jurídicos tutelados, na perspectiva, naturalmente, da segunda (insatisfeita) jurisdição (cf. *supra*, n. 53). Acompanhamos esta objecção sempre que a segunda jurisdição seja o Estado em cujo território o facto foi praticado (e daí a possibilidade aberta pelo art. 55.º da CAAS), mas já não no caso inverso, pois, exceptuando o já referido caso da regra de protecção, não vemos por que razão um Estado deveria ter o direito de exercer jurisdição extraterritorial sobre condutas que foram já objecto de uma decisão de absolvição (ou de não perseguição) por parte do Estado territorial em virtude de não constituírem crime perante a sua lei.

dar adoptar, ou excluir, certa base de jurisdição apenas em virtude da sua (in)adequação: tem de ponderar, ao mesmo tempo, o impacto dessa decisão sobre os conflitos de jurisdição que lhe compete evitar. Daqui decorrem várias consequências.

1. Ao editar “regras mínimas relativas à definição das infracções penais”, nos termos do art. 83.º, n.ºs 1 e 2, a UE deveria guiar-se por um *princípio da auto-contenção*.

Desde logo, deveria abster-se de sugerir a adopção facultativa de certas bases de jurisdição: ou elas se mostram necessárias, e devem ser obrigatórias⁽⁶⁵⁾, ou não, e a sugestão é tão inútil (porque os Estados-membros podem sempre adoptá-las se assim o entenderem) como inconveniente (porque contribui para aumentar a disparidade entre as bases de jurisdição e potencia os conflitos positivos).

Além disso, a UE não deveria impor a adopção de bases de jurisdição que não são comuns a muitos Estados (como, p. ex., a residência do agente), nem deveria instituir deveres de adoptar bases de jurisdição incompatíveis com o direito internacional, como sucede com os casos em que a jurisdição extraterritorial não se subordina à dupla incriminação, salvo onde o direito internacional o autoriza⁽⁶⁶⁾. Assim, os arts. 16.º, n.º 1, al. b), e 16.º, n.º 4, da *Proposta de Directiva sobre o combate ao abuso sexual de crianças e à pornografia infantil*⁽⁶⁷⁾, constituem uma intervenção ilegítima na soberania de Estados-terceiros onde esses factos possam ser cometidos, na medida em que esses Estados não os considerem ilícitos e não se encontrem obrigados a tanto pelo direito internacional (como sucederá, paradigmaticamente, com a pornografia infantil virtual⁽⁶⁸⁾). Ressalvadas as ditas excepções, o exercício da jurisdição extrater-

⁽⁶⁵⁾ Cf. *supra*, n. 28.

⁽⁶⁶⁾ Vd. ANDRÉ KLIP (n. 37), p. 194, que considera “surpreendente” que, na maior parte dos instrumentos europeus, a nacionalidade activa não esteja sujeita à dupla incriminação.

⁽⁶⁷⁾ O controverso problema de saber se todos os crimes descritos na Proposta têm uma dimensão transfronteiriça, que parece ser presumida *iuris et de iure*, não cabe no âmbito deste artigo.

⁽⁶⁸⁾ Independentemente do estatuto jurídico-internacional dos crimes sexuais contra crianças, em geral, a proibição da pornografia infantil virtual não é imposta pelo direito internacional costumeiro; consequentemente, o art. 25.º, n.º 4, da *Convenção do Conselho da Europa CETS n.º 201 contra a exploração sexual e o abuso sexual de crianças*, de

ritorial desligado da dupla incriminação é contrário ao direito internacional e é também um caminho perigoso, a não ser que a UE esteja pronta a aceitar como legítima uma eventual pretensão de Estados terceiros de punir os respectivos nacionais ou residentes (que podem ser nacionais europeus) em virtude de, por exemplo, publicarem livros ou *cartoons* (como crimes contra a religião), ou manterem relações homossexuais (como crimes contra a família, os costumes, etc.), em território europeu.

Por último, a UE deveria evitar a multiplicação de bases de jurisdição redundantes.

2. Em segundo lugar, a UE deveria adoptar uma política racional de prevenção genérica de conflitos de jurisdição negativos. Em vez de repetir, em cada instrumento, a regra obrigatória da territorialidade, com ligeiras mas possivelmente indesejadas variações de conteúdo, a UE deveria impor aos Estados-membros o dever de estabelecer jurisdição sobre todos os crimes praticados, no todo ou em parte, nos respectivos territórios (ou a bordo de navios ou aeronaves aí registados), como um meio de evitar conflitos negativos sobre factos que podem afectar o *espaço comum de segurança*. Além disso, aceita-se que a construção deste espaço implique uma jurisdição extraterritorial ampla sobre crimes que afectam directamente interesses da União. A manutenção da intervenção legislativa dentro desses limites cumpriria também o dever de prevenir conflitos positivos, tal como exigido nos Tratados.

3. O referido mandamento da auto-contenção é já uma forma de prevenir conflitos positivos, mas não os evita por completo. Tendo presente que a regra *ne bis in idem*, vinculativa em todo o espaço europeu, garante que a concorrência de jurisdições não pode conduzir, em princípio, a uma dupla punição, ou a decisões finais contraditórias, a eliminação de conflitos positivos pode, ainda assim, servir três finalidades: (i) evitar uma dupla perseguição;

25-10-2007, que inspirou a abolição obrigatória da dupla incriminação relativamente a factos praticados por nacionais no estrangeiro prevista na *Proposta de Directiva*, encontra-se sujeito ao princípio da eficácia relativa dos tratados e a jurisdição que se funde nessa regra não pode ser oposta a países que não sejam partes na Convenção (nomeadamente, Estados não-europeus). Em 31-08-2011, apenas nove Estados-membros da UE (entre os quais não se conta Portugal) tinham ratificado a Convenção.

- (ii) assegurar que a decisão final do caso é tomada no melhor foro possível;
- (iii) evitar perdas de tempo e desperdício de recursos.

Tudo ponderado, parece preferível instituir um mecanismo que resolva os conflitos positivos quando estes se suscitarem, adscrevendo o caso ao melhor foro possível, mecanismo que contribuirá para o fortalecimento de um *espaço comum de justiça*, tornando o *ne bis in idem* numa sua consequência natural.

4. A limitação da jurisdição dos Estados-membros desempenha um papel crucial na garantia de que as pessoas não se encontram sujeitas a duas normas contraditórias no *espaço comum de liberdade*, pelo menos nos casos em que a conduta é lícita perante a *lex loci* (e ilícita à luz da lei com uma pretensão de aplicabilidade extraterritorial). Estas situações implicam conflitos de jurisdição que poderiam ser resolvidos através da imposição da regra da dupla incriminação para todas as formas de jurisdição extraterritorial sobre factos praticados em território europeu, excepto quando o direito internacional permite uma solução diversa (regras da protecção e da universalidade). A aplicação, com este sentido, do princípio *locus regit actum* garantiria, simultaneamente, o respeito pelo direito internacional e, especificamente, o reconhecimento mútuo entre sistemas jurídicos no *espaço comum de liberdade*.

COM LENÇO E COM DOCUMENTO

A PROPÓSITO DO EXERCÍCIO TRANSNACIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mariana Rodrigues CANOTILHO

*“A rua é uma obra de arte constitucional.
Também uma escritura do político.
Um corredor de protestos e manifestações. (...)
A rua era o lugar das pessoas e das coisas.”* (*)

I — Introdução

O título do presente trabalho recorda uma muito conhecida canção de Caetano Veloso, *Alegria, Alegria*. Estreada em 1967, a obra foi um dos principais marcos do movimento tropicalista, mas também, e acima de tudo, um dos hinos dos movimentos estudantis de resistência à ditadura militar brasileira. Foi a música dos jovens que então caminhavam *sem lenço e sem documento* contra a ordem estabelecida, *contra o vento*. Uma geração — a do homenageado — que, nas duas margens do Atlântico, quis mudar o mundo.

Hoje, outra geração, a dos *indignados* voltou a ocupar o espaço público para clamar contra a ordem estabelecida. Milhares de jovens (e menos jovens) caminham de novo contra o vento. A maior diferença entre o passado e o presente é, provavelmente, a dimensão supranacional dos problemas. Transcendem a tradicional figura do Estado, quer os *objectos* do protesto — não só

(*) J. J. Gomes Canotilho, “Uma Peregrinação Constitucional pela Rua da Interioridade”, in *Admirar os Outros*, Almedina e Coimbra Editora, Coimbra, 2010.