

Os novos desafios da cooperação judiciária e policial
na União Europeia e da implementação da
Procuradoria Europeia

Centro Interdisciplinar em Direitos Humanos

Escola de Direito

Universidade do Minho

Dezembro de 2017

FICHA TÉCNICA

Título

Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia

Coordenação Científica

Margarida Santos

Mário Ferreira Monte

Fernando Conde Monteiro

Organização

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos

Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Sindicato dos Magistrados do Ministério Público

Autores

Alessandra Silveira

Anabela Miranda Rodrigues

Angelo Marletta

António Cluny

Chloé Brière

Joana Abreu

José P. Ribeiro de Albuquerque

Luís Lemos Triunfante

Margarida Santos

Pedro Caeiro

Peter Csonka

Local e Data

Braga, Dezembro de 2017

Edição

Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar

Escola de Direito da Universidade do Minho

Campus de Gualtar

ISBN 978-989-97492-8-3

RECONHECIMENTO MÚTUO, HARMONIZAÇÃO E CONFIANÇA MÚTUA (PRIMEIRO ESBOÇO DE UMA REVISÃO)¹

Pedro Caeiro*

1. Introdução

Uma das notas mais marcantes do direito penal europeu (DPE) é a sua *mutabilidade*. Não me refiro aos conteúdos concretos que vem apresentando ao longo da sua curta história – e que se sucedem até a um ritmo mais lento, por razões óbvias, do que os que compõem os ordenamentos nacionais –, mas sim às *estruturas* em que assenta e aos *mecanismos* por meio dos quais opera.

Apesar dessa mutabilidade, há duas noções que parecem ter-se tornado “residentes permanentes” neste ramo jurídico e cuja substituição não se prevê para breve: o reconhecimento mútuo e a harmonização. Simplificando, pode afirmar-se que ambas continuarão a ser necessárias enquanto o direito penal europeu tiver que interagir com os ordenamentos jurídico-penais nacionais. Porém, o reconhecimento mútuo e a harmonização desenvolvem programas autónomos e as relações entre eles não são totalmente claras, sobretudo quando se lhes junta a ideia da “confiança mútua”. A presente comunicação pretende apontar, ainda em esboço, alguns dos tópicos a partir dos quais se afigura possível repensar essas conexões.

¹ Comunicação realizada no dia 18 de Maio de 2017 na Escola de Direito da Universidade do Minho, preparada no âmbito das actividades do Grupo “Crise, Sustentabilidade e Cidadania(s)” do *Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, integradas no Projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013), financiado pela *Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT)*. O texto tem por base uma comunicação sobre reconhecimento mútuo e harmonização apresentada na Universidade de Castilla-la-Mancha em 2016, em vias de publicação.

Manteve-se o registo oral, sem junção de notas ou bibliografia.

* Professor Auxiliar e Investigador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

2. Reconhecimento mútuo

O *princípio do reconhecimento mútuo* é um ponto de equilíbrio entre as identidades e culturas jurídicas nacionais, por um lado, e um projecto comum de liberdade, segurança e justiça, por outro. Este mecanismo não seria necessário numa área não integrada – de nações ligadas por laços de cooperação judiciária tradicional – nem numa área com unificação jurídica. Isto significa que o reconhecimento mútuo corresponde sempre, em todas as suas mostrações possíveis, a uma realidade política que se encontra entre aqueles dois extremos.

É usual afirmar-se que o conceito provém do mercado interno, onde tem o seguinte significado: uma decisão de uma autoridade nacional que tenha legítimos efeitos extraterritoriais e que convoque o direito europeu deve ser automaticamente aceita e implementada nos restantes Estados-membros.

Claro que uma decisão que autoriza a adição de pimentão ao chouriço não é igual a uma decisão que leva uma pessoa à prisão, ou que lhe confisca os bens. E é precisamente por isso que se levanta a questão: sabendo-se que os Estados são tão zelosos da sua soberania em matéria penal, como pôde o reconhecimento mútuo alcançar tanto e tão rápido sucesso neste domínio?

A resposta – conhecida – é que foi exactamente para preservar a soberania contra as investidas harmonizadoras de Bruxelas que os países menos amigos da integração avançaram com o princípio do reconhecimento mútuo em matéria penal: cada país poderia manter a sua lei penal intacta, mas não se recusaria a cooperação com base nas diferenças decorrentes da falta de harmonização.

A partir desse momento, começou o debate sobre se o reconhecimento mútuo é uma alternativa à harmonização (como foi pensado) ou se ambos os mecanismos devem funcionar de modo complementar. À primeira vista, a resposta parece evidente: quanto mais parecidos forem os sistemas, mais fácil será o reconhecimento, porque reconhecer é ver no outro algo que não nos é estranho. Todavia, esta afirmação é algo simplista: como procurarei mostrar, tudo depende da natureza daquilo que se harmoniza e do modo como se harmoniza.

3. Reconhecimento mútuo e cooperação judiciária em matéria penal

O reconhecimento mútuo é usualmente considerado como o conceito-chave em matéria de cooperação judiciária na UE. Porém, se quisermos ser rigorosos, temos que admitir que este mecanismo funciona de maneira muito diversa no âmbito do mercado interno.

Em primeiro lugar, ao contrário do que ocorre no campo do antigo primeiro pilar (Acórdão do TJ, *Hoffmann v. Krieg*, 1988), porque a decisão da autoridade estrangeira não tem, em princípio, *efeito automático e imediato* em todo o espaço da UE, antes necessita de uma decisão com carácter *constitutivo* por parte do Estado recognoscente. Neste sentido, os processos baseados no reconhecimento mútuo não são fundamentalmente diferentes da cooperação clássica. Por exemplo: na execução de um mandado de detenção europeu, a polícia não prende o suspeito em cumprimento do “mandado” da autoridade de emissão, antes executa a decisão tomada pelo magistrado do Estado de execução.

A este propósito, importa recordar que a chamada “livre circulação das decisões judiciais em matéria penal” é uma falácia, porque recupera para este domínio, onde as decisões têm normalmente por finalidade limitar direitos individuais, uma expressão que nasceu no discurso do mercado interno e que pretendia significar, precisamente, a defesa das liberdades individuais contra o poder estatal. Por outras palavras: reconhecer decisões no âmbito do mercado interno significa, em regra, reconhecer direitos e posições individuais, ao passo que reconhecer decisões no âmbito da cooperação judiciária significa, em regra, reconhecer pretensões estatais que limitam esses direitos.

Além disso, as decisões tomadas no domínio do antigo primeiro pilar têm como potencial *âmbito de aplicação* todo o espaço europeu, enquanto as decisões relativas à cooperação em matéria penal têm uma estrutura naturalmente *bilateral*, que leva a que cada estado de execução possa decidir sobre o respectivo reconhecimento, dentro dos limites permitidos pelo direito europeu, aplicando uma lei interna que pode ser bastante diferente da lei de outro Estado-membro. É perfeitamente possível que o mesmo mandado de detenção, pelos mesmos factos e contra a mesma pessoa, seja decidido de forma oposta, com fundamentos diferentes, nos vários Estados-membros.

Por último, no mercado interno reconhece-se o sistema jurídico dos outros Estados como um todo: em princípio, e na medida em que convoque por alguma razão o direito europeu

(através da “conexão comunitária”), uma conduta que é lícita num Estado-membro tem que ser lícita nos restantes (de acordo com a conhecida jurisprudência *Cassis de Dijon*). Mas as coisas já não se passam assim no que toca à lei penal. Um facto pode ser lícito no país em que é praticado, mas ser criminalmente punível noutra Estado, que pode querer persegui-lo com base numa conexão extraterritorial (pense-se, por exemplo, na detenção de estupefacientes para consumo próprio, ou na detenção de pornografia de menores virtual). Só não será assim quando exista uma decisão que ponha termo ao processo: por efeito do *ne bis in idem*, o agente deixa de poder ser perseguido em toda a UE (vd. *infra* 6). Esta assincronia é ilógica e incompreensível, porque não se reconhece a autoridade da lei territorial que não incrimina o facto, mas reconhece-se, em toda a UE, a decisão que se limita a declará-lo. Note-se que esta decisão só raramente terá lugar, v.g., quando os factos possam integrar, *prima facie*, crimes à luz da *lex loci* (prosseguindo com o nosso exemplo, crimes de tráfico de estupefacientes ou de pornografia de menores “real”), vindo, todavia, o tribunal a concluir que não é esse o caso.

4. Reconhecimento mútuo ou cooperação (clássica) intensificada?

A minha primeira e provisória conclusão seria, portanto, a de que talvez haja razões para dizer que a expressão “reconhecimento mútuo” não é a mais feliz para caracterizar estes novos tipos de cooperação mais estreita e mais fácil entre as autoridades dos Estados-membros. Trata-se somente de uma cooperação mais intensa, sujeita a um padrão comum, mas que não altera suficientemente o paradigma da cooperação para que se lhe chame reconhecimento mútuo, se com isso se pretende significar algo de semelhante ao que ocorre no âmbito do primeiro pilar.

5. Reconhecimento mútuo e *ne bis in idem*

As coisas já são muito diversas do lado do *ne bis in idem* europeu, garantido agora pelo artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais, pois concorrem aí as notas essenciais do verdadeiro reconhecimento: efeito automático e extensão imediata a todo o território da UE.

Porém, esta garantia tem um fundamento diverso dependendo dos tipos de crime.

Quando se trata de crimes europeus – aqueles que estão elencados nos nºs 1 e 2 do artigo 83 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) –, o *ne bis* é a expressão de uma *justiça penal comum*, pois são infracções que se encontram sob a jurisdição da UE e por isso a UE pode ordenar que uma decisão relacionada com eles produza efeitos em todos os Estados-membros.

Todavia, os restantes delitos não participam de uma noção de justiça penal comum e, por isso, as decisões de um Estado-membro que se lhes refiram não podem ser expressão dessa justiça – ou, mais rigorosamente, da justiça comum que se pretende com incriminações comuns. Nesses casos, o *ne bis* fundamenta-se directamente na ideia de que a liberdade de circulação prevalece sobre o putativo interesse particular de qualquer outro Estado-membro numa segunda perseguição penal (assim logo o Acórdão do TJ, *Gözütök & Brügge*, 2003). Trata-se apenas de mais uma instância em que os direitos e interesses segregados pela integração excluem as pretensões penais dos Estados (o que usualmente se chama de “efeitos negativos” do direito europeu sobre os ordenamentos penais nacionais). A diferença está em que a limitação incide aqui, não sobre a jurisdição prescritiva, mas sobre a jurisdição judicativa dos Estados-membros: o facto coberto pelo *ne bis* pode ter violado a norma penal substantiva nacional, mas o Estado obrigado não pode exercer concretamente o seu poder punitivo sobre o respectivo agente.

Se o *ne bis in idem* é um desenvolvimento positivo para as liberdades individuais e corresponde a um imperativo de justiça (sobretudo quando ela se possa qualificar de *comum*), há que assinalar que a forma como foi implementado criou uma situação bizarra. Na verdade, garantiu-se o *ne bis* antes de se implementar um mecanismo que atribua a jurisdição para julgar os factos ao “melhor foro possível” (O. Lagodny), segundo critérios previamente estabelecidos sob determinado ponto de vista *comum*. Sem essa conjugação, pode dar-se uma competição entre as autoridades dos Estados-membros, que querem ver feita a *sua* justiça, ou mesmo um furto do caso de um Estado-membro a outro. De todo o modo, o *ne bis* não é, e

talvez devesse ser, uma consequência do respeito pela decisão alcançada no melhor foro possível no contexto de uma justiça comum.

6. Harmonização do direito penal substantivo e reconhecimento mútuo

Passando à análise da relevância da harmonização do direito penal substantivo para o reconhecimento mútuo, convém relembrar, como pressuposto, que a harmonização do direito penal substantivo está limitada pelo Tratado ao mecanismo das “regras mínimas”, ou seja, ao estabelecimento de um mínimo de conteúdo para as incriminações e de mínimos de pena para os crimes indicados no artigo 83 do TFUE. A UE não pode descriminalizar nem impedir a criminalização de um facto, nem limitar a severidade das penas aplicáveis, no desenvolvimento de uma *política criminal autónoma*. Tais efeitos só podem ter lugar como consequências laterais do estabelecimento de liberdades individuais (os já mencionados “efeitos negativos”) ou do princípio (europeu) da proporcionalidade.

Neste contexto, a relevância da harmonização para o reconhecimento mútuo pode não ser a mesma no domínio da cooperação judiciária e do *ne bis in idem*.

No que diz respeito à cooperação judiciária, a relevância da harmonização para o reconhecimento mútuo parece muito *limitada*. Por um lado, os instrumentos europeus (em particular, o mandado de detenção europeu) impedem o controlo da dupla incriminação em relação a um vasto elenco de áreas de criminalidade, que praticamente esgotam o CP da maior parte dos países, tornando dispensável a harmonização das condutas proibidas (nisto reside, precisamente, umas das principais razões por que se fala de “reconhecimento”). Os crimes que não integram essas listas são aqueles que, por alguma razão, se entendeu não deverem ser postos sob a alçada da integração. Por outro lado, no que diz respeito às penas aplicáveis, não seria legítimo harmonizá-las, impondo limites mínimos, com vista somente a que se cumpram certos pressupostos exigidos para a cooperação. Isso seria uma *perversão* da exigência de que um crime tenha certa gravidade, traduzida nas penas aplicáveis, para que se dê a cooperação. O princípio é que se coopera porque é um crime de certa gravidade, e não que se deve criminalizar uma conduta e puni-la com certas penas porque é necessário

cooperar. No caso particular do mandado de detenção europeu, isto é ainda mais importante: a cooperação sem dupla incriminação é possível *porque* estão em causa crimes graves à luz da lei do estado de emissão, e a gravidade do crime não pode resultar da necessidade de cooperar, sob pena de o raciocínio entrar num círculo vicioso.

As coisas já se apresentam de modo diverso no campo do *ne bis in idem*, onde a harmonização tem importância prática para o reconhecimento mútuo. Ainda que não seja um requisito formal para que se reconheça o efeito *ne bis* às decisões finais tomadas em outros Estados, é naturalmente mais fácil *acomodá-lo* se todos os Estados-membros tiverem definições harmonizadas das infracções previstas no artigo 83 do Tratado. De outra maneira, pode suceder que um Estado absolva o autor de certo crime (europeu) somente porque a lei nacional não incrimina a conduta. Esta decisão terá efeitos *ne bis* em toda a União (mesmos factos: Acórdão do TJ, *Van Esbroeck*, 2006) e só terá sido possível por falta de harmonização.

7. Harmonização do direito processual penal e reconhecimento mútuo

Diferentemente do que sucede com o direito penal substantivo, a harmonização do direito processual penal tem um papel relevantíssimo para o reconhecimento mútuo. Na realidade, o artigo 82, n.º 2, do TFUE, na sua expressão literal, *vincula* até a harmonização do direito processual penal à “[necessidade de] facilitar o reconhecimento mútuo de sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça”. Para tanto, a UE pode estabelecer “regras mínimas” que incidam sobre a admissibilidade mútua dos meios de prova, os direitos individuais em matéria penal e os direitos das vítimas.

Pode argumentar-se que a actividade legiferante da UE em matéria processual penal, ao menos no que respeita aos direitos individuais, tem resultado objectivamente na exigência de certos parâmetros mínimos de protecção cuja aplicabilidade não depende de uma (outra) conexão com a UE: como tivemos ocasião de escrever em outro local, uma elevadíssima percentagem das instâncias de aplicação da presunção de inocência, da protecção especial de menores sujeitos a um processo penal e da prestação de apoio judiciário, sobre que versam as

mais recentes directivas, não dirá certamente respeito a cidadãos residentes ou nacionais de um Estado-membro que não o do foro, nem a decisões que devam ser reconhecidas, em concreto, por outros Estados-membros. Contudo, a circunstância de a conexão europeia consistir aqui em um projecto próprio de tutela dos direitos individuais nos processos penais perante as autoridades dos Estados-membros, cujo escopo transcende em muito o reconhecimento mútuo, não diminui a relevância desses parâmetros mínimos comuns para que as decisões possam ser vistas como expressões de uma justiça comum. Neste sentido, a legitimidade da imposição do reconhecimento mútuo não é puramente formal, antes se funda em considerações materiais: as decisões devem ser reconhecidas não (só) por provirem de outros Estados-membros, mas porque estão obrigadas a respeitar as garantias exigidas, no exercício das respectivas atribuições e juízos, pela mesma entidade legitimada para impô-lo.

8. Harmonização, confiança mútua e reconhecimento mútuo

Gostaria de terminar esta comunicação com uma reflexão sobre as relações entre o reconhecimento mútuo, a harmonização e a confiança mútua.

De acordo com o discurso corrente, o reconhecimento mútuo depende da confiança mútua, que por sua vez se alcança ou fortalece com a harmonização das leis. Não me parece que esta relação seja tão linear. Claro que quando há confiança é mais fácil reconhecer as decisões alheias. Porém, a primeira relação de implicação, segundo a qual a harmonização dos sistemas jurídicos cria ou reforça a confiança, assenta, em minha opinião, num equívoco.

Em geral, para que precisamos nós de confiança?

A confiança é um sentimento ou percepção que nos faz decidir actuar em certo sentido em situações de risco quando *não sabemos*, quando não dominamos todas as circunstâncias relevantes para tomar uma decisão informada e racional.

Se olharmos para o nosso problema, a harmonização das leis serviria para melhorar a confiança que as autoridades dos Estados-membros têm nos restantes Estados. Todavia, é possível *saber e avaliar* se as leis de um determinado país protegem adequadamente os direitos fundamentais do acusado ou do condenado (quando se trata, vg., de reconhecer uma sentença

condenatória, ou de entregar um suspeito), ou se protegem adequadamente os bens jurídicos da comunidade (quando se trata, *vg.*, de reconhecer decisões de absolvição). Não há que confiar ou desconfiar: os ordenamentos jurídicos dos outros países podem ser conhecidos por meio das ferramentas normais do método jurídico.

É possível que seja necessário modificar as leis de um país, elevando a protecção que dispensam para um parâmetro comunitariamente aceite, a fim de que os outros Estados membros possam reconhecer as decisões das respectivas autoridades, mas isso nada tem que ver com confiança ou desconfiança. Ao contrário, a conclusão de que tal intervenção *legislativa* da União é necessária surge por causa de uma análise racional, propriamente jurídica, das leis do dito Estado. Por isso, a harmonização, enquanto processo de modificação das leis nacionais, não pode melhorar a confiança mútua.

Qual é, então, a função da confiança no reconhecimento mútuo? A confiança é necessária lá onde a lei não alcança, ou seja, em relação àquilo que não podemos saber. Por outras palavras, é necessário confiar na concreta prática da aplicação do direito em determinado Estado-membro. Faltando essa confiança, a cooperação fica (legitimamente) comprometida, como o Tribunal de Justiça finalmente reconheceu no Acórdão *Aranyosi / Caldaru* (2016). Contudo, essa prática não é susceptível de harmonização por via legal: pode tentar-se corrigi-la com a adopção de leis; mas a confiança terá sempre por objecto a prática, e não o sistema legal que ela aplica.

9. Conclusões (provisórias)

- A harmonização do direito penal substantivo tem pouco impacto no reconhecimento mútuo convocado pela cooperação judiciária.
- A harmonização do direito penal substantivo pode ter um impacto significativo na assimilação nacional de um *ne bis in idem* europeu.
- A harmonização do direito processual penal pode ter um forte impacto sobre o reconhecimento mútuo convocado pela cooperação judiciária.

- Em qualquer caso, a harmonização parece constituir sempre um mecanismo de acomodação do reconhecimento mútuo, e não um seu requisito ou pressuposto.