

A CONSTRUÇÃO DE UM ESPAÇO PENAL EUROPEU SOB O
PRIMADO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
SONHO OU REALIDADE?¹

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

Doutor em Direito
Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa
Professor do Programa de Mestrado e Doutoramento da PUC-RS.
Professor Convidado da Escola Superior de Polícia – ANP/PF
Of-Counsel da Rogério Alves & Associados – Sociedade de Advogados
<http://lattes.cnpq.br/4001544191185131>
<http://orcid.org/0000-0002-4991-8707>

I

Enquadramento Geral

1. O escritor e pensador ‘europeu’ VICTOR HUGO, no Congresso da Paz em Paris, em 1849, profetizou que “Chegará um dia em que todos vós, os das nações todas do continente – sem perder a vossa diversidade nem a vossa gloriosa identidade individual – vos fundireis estreitamente numa

¹ Este texto, agora alterado e atualizado, tem como base o artigo que apresentamos para homenagear a Doutora MARÍA DEL CARMEN CALVO SANCHEZ, Catedrática de Direito processual da Universidade de Salamanca, que fora publicado em livro sob a Coordenação de LORENZO M. BUJOSA VADELL. *Hacia Un Verdadero Espacio Judicial Europeo. Perspectivas para la Construcción de un Proceso Penal Europeo e Instrumentos de Cooperación Policial y Judicial en la Unión Europea*. Granada: Editorial Comares, 2008, pp. 3-20. ISBN: 978-84-9836-461-3.

unidade superior e construireis a fraternidade europeia”². VICTOR HUGO vaticinava, na linha de EMMANUEL KANT, uma Europa de nações “portadora de uma paz fundada numa reconciliação duradoura”³, que começara a ganhar forma e materialidade com JEAN MONET, ROBERT SCHUMANN, DEGAULLE ou KONRAD ADENAUER.

Esta construção europeia nasce na base económica e na ideia de controlo geopolítico da Alemanha, Itália e França, cresce para uma comunidade de livre circulação de capitais, de mercadorias, de pessoas e bens. A livre circulação de bens e de pessoas dentro de um espaço impõe a subjugação a regras de direito e a instituições comuns. Esta construção jurídica, que utiliza o sistema da pilarização – união económica (e social), política externa e segurança comum e espaço de liberdade, de segurança e justiça comum⁴ –, é uma necessidade de estabilidade e de bloqueio a desvios ao propósito europeu e funciona como linha nevrálgica na construção de um espaço jurídico-positivo, jurídico-jurisprudencial e jurídico-doutrinal subordinado ao primado dos direitos fundamentais consagrados na

² Cf. LOURENÇO, EDUARDO. Uma Europa de nações ou os Dentes de Cadmo. In: *Portugal e a Construção Europeia*. Organização: TAVARES RIBEIRO, BARBOSA DE MELO E MANUEL LOPES PORTO. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55.

³ Cf. PHILIPPE HERZOG. *Manifesto para uma Democracia Europeia*. Tradução de JOSÉ MARTINS. Prior Velho: Campo das Letras, 2003, p. 23.

⁴ Os objetivos da União Europeia foram inscritos no artigo 2.º e no artigo 29.º do Tratado da União Europeia (TUE).

Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)⁵. A União recorreu, em primeira linha, ao Direito – sem se olvidar a força inerente ao direito penal – para defender e garantir os interesses comuns (económico-financeiros) aos e dos Estados-membros.

2. A União cedo verificou que não bastava um direito penal que tutelasse, exclusivamente, os seus interesses económicos directos ou indirectos, porque a livre circulação não se esgota na liberdade económica e o crime ou a infracção agressora desses interesses não se resumem ao quadro dos interesses económicos. Do mesmo modo verificou que o *princípio da assimilação* no âmbito do direito penal – a adopção por parte dos Estados-membros de «medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros» – não tutelava de todo os bens jurídicos fundamentais dos cidadãos dos vários Estados-membros e os bens jurídicos coletivos da própria União.

O princípio da *assimilação*⁶ não se adequa a um conceito de direito penal europeu, mas ao conceito de direito europeu penal – em que as

⁵ Cfr. artigo 6.º e 7.º da Tratado da União Europeia – TUE (Versão consolidada do Tratado de Lisboa). A União foi instituída pelo Tratado de Maastricht (1992) que foi alterado pelo Tratado de Amesterdão (1997) e consolidado pelo Tratado de Lisboa. A União rege-se pelo TUE e pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE.

⁶ Quanto ao princípio da assimilação RODRIGUES, ANABELA MIRANDA e MOTA, J. LOPES DA. *Para uma Política Criminal Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 28-29 e DIAS,

normas penais de cada Estado-membro se aplicam (ou se devem aplicar) aos factos humanos tipificados no direito interno de cada Estado-membro como crime. Por um lado, nem todas as condutas que afectavam os interesses da comunidade, assim como as que afectavam os interesses individuais e colectivos dos cidadãos da União, estavam tipificadas como crime em todos os Estados-membros, e, por outro, verificou-se que a intensidade da censura jurídico-criminal não era igual nem se aproximava em todos os Estados-membros. Este cenário gerava uma situação de desigualdade na aplicação do direito penal no espaço europeu e, muitas vezes, gerava os *lugares de ninguém* ou os *santuários*⁷.

Um espaço penal europeu tem de se basear em princípios, em axiomas, em normas e em regras similares para todos os cidadãos europeus, ou seja, o espaço tem de se cimentar num *sentimento europeu* e numa *identidade europeia*⁸, sob pena de fracasso. A ideia de um espaço penal europeu pode ser o início da construção de uma nação europeia e o início do desfazer da “associação de nações”⁹, de que nos fala HERZOG, centrada na ideia de uma cidadania europeia, a par da cidadania nacional, que se

JORGE DE FIGUEIREDO. *Direito Penal – Parte Geral* – Tomo I. 2.^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 12-13.

⁷ Cfr. VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES. *Do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 14.

⁸ Cfr. LOURENÇO, EDUARDO. Uma Europa de nações In: *Portugal e a Construção Europeia*, p. 56.

⁹ Cfr. HERZOG, PHILIPPE. *Manifesto para uma Democracia...*, p. 22.

encontra consagrada no artigo 17.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, alterado pelo Tratado de Lisboa. Este espaço, que se tem construído aos soluços e aos «saltos»¹⁰, centra-se no escopo de liberdade, de segurança e de justiça sem fronteiras. Este escopo da União é fulcral uma vez que as fronteiras de segurança e económica se dissociaram da fronteira geográfica, face ao princípio da liberdade de circulação de capitais, de produtos, de bens e pessoas¹¹. A estas liberdades, para garantir segurança num grande espaço – o europeu –, impõe-se a construção de um espaço penal europeu baseado nos primados dos direitos fundamentais consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹² e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹³.

¹⁰ Veja-se o caso do *Mandado de Detenção Europeu*, que restringe os direitos, as liberdades e as garantias pessoais, e que foi o primeiro instrumento jurídico europeu de cooperação judiciária em matéria penal a preconizar o princípio do reconhecimento mútuo para decisões judiciais de detenção e entrega de pessoas procuradas pela prática de crimes. Pois, a opção de implementação do reconhecimento mútuo das decisões judiciais deveria primeiramente ter incidido sobre outros objectos de acção – *p. e.*, congelamento de bens e de provas [DQ n.º 2003/577/JAI, JO L 196, de 2 de agosto de 2003] – e não sobre decisões que afectam directamente direitos e liberdades das pessoas. Quanto a esta crítica, VALENTE, M. M. GUEDES. *Do Mandado de Detenção ...*, pp. 87-89 e RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. A Emergência de um «Direito Penal Europeu»: Questões Urgentes de Política Criminal. In: *Revista Estratégia* – Instituto de Estudos Estratégicos e Internacionais, n.ºs 18-19, 1.º e 2.º Semestres, 2003, p. 153.

¹¹ Cfr. MOREIRA, ADRIANO. *Estudos da Conjuntura Internacional*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2000, p. 440.

¹² Cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia alterado pelo Tratado de Lisboa.

¹³ Cfr. n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia alterado pelo Tratado de Lisboa.

II

Da Assimilação à Harmonização

3. O princípio da unificação do direito penal a nível europeu não se nos afigura próximo¹⁴, porque para tal se imporia uma nação europeia construída sobre uma identidade cultural em que todos os cidadãos europeus se revissem – facto que levará muitas décadas a alcançar, porque hoje somente podemos ter uma civilização europeia. O princípio da competência universal do direito penal¹⁵, cuja incrementação consciencializou os seres humanos de que existem crimes que não podem deixar de ser perseguidos e os seus autores responsabilizados criminalmente, porque afectam o núcleo comum civilizacional da humanidade, não se demonstrou nem se demonstra capaz de solucionar todas as situações jurídico-criminais dentro do espaço da União, cuja diversidade cultural e diversidade de valores se reflecte na concepção do que deve ou não ser proibido e perseguido criminalmente¹⁶.

Diversamente consideram JULIE ALLARD e ANTOINE GARAPON ao

¹⁴ Quanto a este assunto MIREILLE DELMAS-MARTY *apud* CARTUYVELS, YVES. Le droit penal et l'Etat: dès frontières «naturelles» en question. In: *L'Emergence du Droit penal International*, (edição desconhecida), pp. 20-21.

¹⁵ Quanto ao princípio da *competência universal do direito penal* na edificação de uma mundialização da justiça penal através da mundialização dos juízes nacionais, DELMAS-MARTY, MIREILLE. O Direito Penal Como Ética da Mundialização. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, n.º 3, pp. 294-302.

¹⁶ Quanto a este assunto VALENTE, M. M. GUEDES. *Do Mandado de Detenção ...*, pp. 26-27 (e notas 26-30) e CARTUYVELS, YVES. Le droit penal et l'Etat In: *L'Emergence du Droit Pénal International*, pp. 18-20 e 24-25.

defenderem que o princípio da *competência universal*, a par da *colaboração* directa dos juízes – por meio de transacções de decisões jurisdicionais – e das funções de neutralização, pode ser um dos pilares da *mundialização da justiça* centrada no comércio das decisões dos juízes e/ou na «sociedade dos tribunais», uma vez que a “mundialização da justiça funciona, por conseguinte, como um princípio de estabelecimento de relações no termo do qual nenhum tribunal poderá permanecer indiferente aos seus homólogos, sem que, para tal, intervenham quaisquer vínculos ou instâncias físicas de coordenação”¹⁷.

Posição com a qual não concordamos. Não obstante a mundialização da justiça se poder tornar “numa dimensão do próprio direito interno”¹⁸, consideramos que a diversidade cultural e de valores implica(rá) sempre uma interpretação e aplicação do direito penal europeu – caso se optasse pela europeização da justiça na base da sociedade dos tribunais –, implica(rá) sempre divergências nas decisões concretas e, para uma igualdade material na aplicação do direito penal, necessitará sempre de um mínimo de harmonização penal material e processual.

¹⁷ Cfr. ALLARD, JULIE e GARAPON, ANTOINE. *Os Juízes na Mundialização – A Nova Revolução do Direito*. Tradução de ROGÉRIO ALVES. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, pp. 30-37 (33 e 35).

¹⁸ Cfr. JULIE ALLARD e ANTOINE GARAPON. *Os Juízes na Mundialização...*, p. 36.

4. O princípio da *assimilação* – em que a soberania penal nacional se erigia como identidade de uma cultura jurídica, social, económica própria e unívoca – encontra-se esgotado face à realidade jurídica europeia e face ao primado do direito (penal) europeu sobre o direito interno¹⁹, principalmente

¹⁹ Quanto ao princípio do *primado do direito comunitário* no âmbito do direito penal e ao não cumprimento da imposição colocado sobre o Estado-Membro por uma Directiva constituir abuso de direito por parte do Estado em falta – no caso Portugal – Ac. da Relação de Coimbra de 30 de julho de 1986, *in BMJ*, n.º 360, pp. 307-318. O caso *sub judice* refere-se à Directiva do Conselho n.º 80/1263/CEE, de 4 de Dezembro de 1980, relativa à criação de uma carta de condução comunitária, e que, segundo o artigo 8.º, os Estados-Membros deveriam aceitar como válida a carta de condução emitida em outro Estado-Membro durante um prazo de um ano após adopção de residência, não podendo ser punido a título de crime de condução sem habilitação legal. Estamos no âmbito do direito penal negativo que proíbe o Estado de punir uma conduta autorizada pelo ordenamento comunitário. GOMES CANOTILHO defende que o “princípio da primazia do direito comunitário e o consequente princípio da prioridade ou apreensão de competências desbanca o direito nacional e ousa mesmo afirmar (mas aqui com sérias reticências de muitos quadrantes jurídicos, políticos, doutrinários) a sua proeminência perante a constituição dos Estados-membros”. Na linha do Tribunal Constitucional Alemão que, relativamente ao Tratado de Maastricht, considerou que “os Estados continuam donos do tratado”, não obstante os princípios da primazia do direito comunitário, da autonomia do direito comunitário – que implica “a auto-organização e auto-reprodução de uma verdadeira ordem jurídica (...) susceptível de originar um *Estado de direito europeu* com a subsequente obrigação dos Estados-Membros respeitarem a sua autonomia” – da aplicabilidade directa do direito europeu – com “eficácia imediata nas ordens jurídicas dos Estados-membros, podendo se invocadas e feitas valer directamente pelos particulares” –, o ilustre Professor acrescenta que, não obstante o Estado Constitucional soberano estar “morto nas suas pretensões de «absoluto político», a estadualidade constitucional é ainda um limite e um ponto de partida”, defendendo que “a supranacionalidade e as amplas e sucessivas deslocações de competências deixaram incólume o Estado Constitucional clássico”, que a par da sua “constituição converteram-se progressivamente numa ordem jurídica fundamental parcial inserida na ordem jurídica europeia”, sem que, na linha de KONRAD HESSE, se olvide que “a existência da União Europeia pressupõe a existência dos Estados-membros, autoconstituídos como Estados

no quadro do direito penal negativo²⁰. O direito penal emergente desta realidade comunitária poliédrica é, hoje, um direito penal supranacional que em nada afecta a soberania nacional, antes reforça-a na prevenção, na perseguição e na diminuição de uma (nova) criminalidade que não se exaure intramuros nacionais, mas que se enraíza e se espalha pelo *espaço europeu* ou pelo *Estado fronteiras europeu*. Esta criminalidade é adequada a agredir e a destruir bens jurídicos *pessoais e transpessoais*, individuais e supraindividuais, cuja censurabilidade social e jurídico-criminal se estende a um grande espaço – o da União Europeia²¹ – e que inculca aos Estados-Membros o ideário de uma harmonização (mínima) – *aproximação* – dos vários sistemas penais europeus. A via encontrada para a construção do

democráticos de direito”, em que as lei fundamentais daqueles não se relacionam com a ordem jurídica comunitária em um plano de *limites*, mas que sejam elas próprias “*activamente estruturantes* da própria «constituição europeia» (princípio democrático, Estado de direito, catálogo dos direitos fundamentais, subsidiariedade)”. Cfr. CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.^a Edição. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 231-232.

²⁰ Quanto à legitimidade total do direito penal europeu sobre o direito penal nacional negativo, DIAS, J. DE FIGUEIREDO. *Direito Penal ...* – Tomo I. 2.^a Edição, pp. 12-13. Como exemplo do direito penal negativo, confira-se a nota anterior.

²¹ Não olvidamos que os tentáculos de muitas das tipologias criminais inscritas no artigo 29.º do TUE, substituído pelo actual artigo 67.º do TFUE, se espraiem extramuros da União. Quanto a esta matéria, MONTE, MÁRIO FERREIRA. *Direito Penal Europeu – De “Roma” a “Lisboa”:* *subsídios para a sua legitimação*. Lisboa: Quid Iuris, 2009.

espaço penal europeu e, conseqüentemente, de um direito penal europeu é a via da harmonização das legislações penais materiais e processuais²².

A harmonização do direito penal material para VOGEL²³, na aceção do artigo 29.º do TUE²⁴, era um dos elementos da política criminal europeia, mas não era o mais importante. O legislador europeu optou por colocar a harmonização como terceiro elemento e não como o primeiro elemento. O pódio cabia à cooperação entre as forças policiais e o segundo lugar à cooperação das autoridades judiciárias. A harmonização das legislações penais – «aproximação das legislações penais» – encontra o mesmo destino no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), *i. e.*, é o último elemento da construção de uma política criminal europeia, que optou pela eficácia das «medidas de coordenação e *cooperação* entre as autoridades

²² Neste sentido DELMAS-MARTY, MIREILLE. O Direito Penal Como Ética da Mundialização. In: *RPCC*, n.º 3, pp. 290, 296 e 302, VALENTE, M. M. GUEDES. *Do Mandado de Detenção Europeu*, pp.35-61 (54-55). Como ensina DELMAS-MARTY, a harmonização consiste em aproximar as normas nacionais diferentes de modo a torná-las compatíveis. Cfr. RODRIGUES, ANABELA MIRANDA e MOTA, J. LOPES DA. *Para uma Política...*, p. 30, nota 65. Acresce que o TCE fala de uma «aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas» – cfr. artigo 94.º, 95.º, n.º 1 do TCE. Quanto a este assunto VOGEL, JOACHIM. Estado y Tendencias de la Armonización del Derecho Penal Material en la Unión Europea. In: *Revista Penal*, n.º 10, p. 114.

²³ Cfr. VOGEL, JOACHIM. Estado y Tendencias de la Armonización In: *Revista Penal*, n.º 10, p. 114.

²⁴ Hoje substituído pelos artigos 67.º, 82.º e 83.º do TFUE.

policiais e judiciárias e outras autoridades competentes» e do «*reconhecimento mútuo* das decisões judiciais em matéria penal»²⁵.

A harmonização das legislações penais devia ser o pilar central da política criminal europeia no qual entroncariam as traves da coordenação e cooperação policial e judiciária e as traves do reconhecimento mútuo, da confiança mútua e da abolição da dupla incriminação. O princípio da *harmonização* é, de novo, inscrito no TFUE pelo Tratado de Lisboa como um *pilar complementar, i. e.*, só se deve optar pela harmonização das legislações penais se for «necessário»²⁶. Parece-nos que vingou a eficácia em detrimento da edificação de um direito penal europeu consistente e enraizado na materialização dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos europeus. A construção de um direito penal substantivo e adjectivo europeu, que procure reflectir uma cultura europeia e um grupo de valores comuns²⁷ – pós-nacionalismo –, só será alcançável se

²⁵ Cfr. n.º 3 do artigo 67.º do TFUE. Itálico nosso.

²⁶ Cfr. Artigo 67.º, n.º 3 – *se necessário, através da aproximação das legislações penais* –, ou artigo 82.º, n.º 2 – *na medida em que tal seja necessário [...] estabelecer regras mínimas* –, ambos do TFUE. Acresce que o n.º 1 do artigo 82.º do TFUE subordina a harmonização à cooperação judiciária em matéria penal da União: *cooperação judiciária em matéria penal na União [...] e inclui a aproximação das disposições legislativas*.

²⁷ Quanto a este assunto tendo por base o valor liberdade, MONTE, MÁRIO FERREIRA. Da Autonomia Constitucional do Direito Penal Nacional. In: *Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 728.

acompanhada da construção de um *espaço (penal) comum europeu* segundo o modelo bidirecional positivo perfeito.

Esta edificação parece-nos adiada. O Tratado de Lisboa cimentou a trilogia primordial da política criminal europeia: coordenação e cooperação policial; coordenação e cooperação judiciária (e de outras entidades); e reconhecimento mútuo das decisões judiciárias, apresentando-se este, como fora firmado em *Tempere*, como a pedra angular da construção penal europeia – conforme se retira dos artigos 70.º e 82.º do TFUE. A harmonização, como se pode retirar do prescrito no n.º 2 do artigo 82.º do TFUE, que possibilita o estabelecimento de *regras mínimas* face às «diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros», apresenta-se como uma alavanca ou muleta do princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais.

III

A Harmonização como Pilar de uma Política Criminal Europeia e de um Direito Penal Europeu

5. A construção de um direito penal europeu deve ser gradual e não radical, deve emergir de uma legitimidade normativa e sociológica, deve ser o reflexo de um pensar europeu, deve ser o resultado de um debate dos cidadãos, cujos direitos, liberdades e garantias fundamentais se encontram em risco de restrição excessiva em prol da eficácia produzida pelo securitarismo do direito penal material e processual. O direito penal europeu deve ser o resultado de uma harmonização artificial e não real, que seria a unificação, tendo em conta que a União não é um Estado Federal. A *harmonização* – que difere da unificação – deve ganhar relevância nesta construção por ser a via mais adequada à *construção progressiva de uma política criminal europeia*²⁸.

²⁸ No sentido de que a harmonização penal substantiva e processual já era o caminho a não olvidar no quadro da alteração do artigo 290.º-A do TCE, DELMAS-MARTY, MIREILLE. (Coord.), *Corpus Juris*, Económica, Paris, pp. 19 e 35-39, e PRADEL, JEAN e CORSTENS, GEERT. *Droit Penal Européen*. 2.ª Edição. Paris: Dalloz, 2002, pp. 488-490. Numa visão de necessidade de harmonização legislativa penal na construção de um espaço penal comum face à inexistência de fronteiras, RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas. In: *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 84, Ano 21.º, outubro-dezembro, 2000, pp. 15-16. Refira-se que para tal construção – que não deve, ainda, prender-se à unificação devido às diferenças políticas, sociais e culturais de cada Estado-Membro –, impõe-se o respeito por essas diferenças emergentes de

Parece-nos imprudente admitir a concretização e a materialização isolada do *reconhecimento mútuo* sem que exista a diminuição de divergências das legislações penais²⁹ quanto às tipologias criminais inscritas nos artigos da cooperação judiciária e policial do TFUE. Claro está que a segunda parte do n.º 1 do artigo 82.º do TFUE estipula que a cooperação judiciária em matéria penal «*inclui* a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se refere o n.º 2 e o artigo 83.º», ou seja, a harmonização incidirá no quadro processual penal – [meios de prova, direitos individuais, direitos das vítimas, outros elementos específicos do processo penal] n.º 2 do artigo 82.º – e no quadro penal material – referente à criminalidade mais grave com dimensão transfronteiriça [terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática

«pressupostos históricos e sócio-culturais divergentes» – Cfr. ROXIN, CLAUDIUS. La Ciencia del Derecho Penal ante las Tareas del Futuro. In: *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milénio*. Coordenação de Espanha FRANCISCO MUÑOZ CONDE e tradução de CARMÉN GÓMEZ RIVERO. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 404.

²⁹ Não muito longe deste pensamento e no de que não é admissível aceitar “que uma pessoa possa ser entregue a qualquer outro país para enfrentar um tipo de reacção criminal em que nunca poderia ser condenado em Portugal”, PEREIRA, LUÍS SILVA. Alguns aspectos da implementação do regime relativo ao Mandado de Detenção Europeu. In: *RMP*, julho-outubro, 2003, pp. 43 e ss..

e criminalidade organizada, assim como outros domínios de criminalidade grave que imponham regras mínimas], conforme n.ºs 1 e 2 do artigo 83.^{o30}.

Mas esta cooperação judiciária assenta no princípio do reconhecimento mútuo e não na harmonização. O princípio do reconhecimento mútuo encontra reforço constitucional europeu no quadro da construção de um elevado nível de segurança para a edificação de um espaço de liberdade, de segurança e justiça comum³¹. A harmonização por meio de regras mínimas funciona ou deve ser implementada se se mostrar necessária, *i. e.*, não assume a espinha dorsal do espaço penal europeu.

6. O relevo da *harmonização* das infracções, das sanções e, conseqüentemente, dos procedimentos penais³², cuja concretização colide com direitos, liberdades e garantias fundamentais, enraizados à natureza e à

³⁰ Esta nomenclatura de tipologias criminais é a continuação da que estava amalgamada no artigo 29.º do TUE. Tipologias criminais que fazem parte da lista do n.º 2 do artigo 2.º da DQ, que instituiu o Mandado de Detenção Europeu, que por um lado enquadram os domínios de *harmonização prioritária* – pois, o maior número de infracções fazem parte do quadro laboral em que se insere a criminalidade organizada, o terrorismo e o tráfico ilícito de droga [al. e) do n.º 1 do artigo 31.º em conjugação com o n.º 2 do artigo 29.º do TUE] – e que, por outro, o Conselho, quando aprovou a DQ relativa ao Mandado de Detenção Europeu, adoptou a Declaração que confirma a vontade de prosseguir os trabalhos de harmonização das infracções enumeradas no n.º 2 do artigo 2.º da DQ, na linha do artigo 31.º, n.º 1, al. e) do TUE. Cfr. RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. A Emergência de Um «Direito Penal Europeu» In: *Revista Estratégia ...*, n.ºs 18-19, p. 151 e o atual artigo 83.º do TFUE.

³¹ Cfr. artigos 67.º, 70.º e 82.º do TFUE.

³² Cfr. n.º 2 do artigo 82.º e 83.º do TFUE.

estrutura dos Estados modernos e democráticos e de consagração supranacional [DUDH, PIDCP, CEDH e CDFUE], cuja agressão formal e/ou material deve ser responsabilizada não só nas jurisdições nacionais, como também e essencialmente junto do TEDH, emerge desde logo do seu estatuto de *autonomia* que Amsterdão lhe conferiu a par da cooperação policial e judiciária penal³³ – artigo 29.º do TUE³⁴. O estatuto de autonomia da harmonização metamorfoseou-a em *um fim em si mesmo da construção europeia*³⁵, cujo papel se destaca como “ «sinal» de concretização de uma política criminal europeia”, como caminho de evitar países “ «santuários» para criminosos” e como plataforma “primordial «para dar aos cidadãos um sentimento comum de justiça»”³⁶ num espaço comum de liberdade e fundeado no respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Mas a via da *harmonização não tem vingado*, pois tem-se manifestado em cirurgias de estética e tem-se centrado, inicial e preferencialmente, na

³³ Cfr. RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. A Emergência de Um «Direito Penal Europeu» In: *Revista Estratégia ...*, n.ºs 18-19, p. 151.

³⁴ Cfr. o atual artigo 67.º do TFUE.

³⁵ RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. A Emergência de Um «Direito Penal Europeu» In: *Revista Estratégia ...*, n.ºs 18-19, p. 152. Cfr. *in fine* artigo 29.º do TUE [antes do Tratado de Lisboa] que prescrevia que o elevado nível de protecção dos cidadãos num espaço de liberdade, de segurança e justiça passa pela *aproximação das disposições de direito penal dos Estados-Membros*.

³⁶ Este sentimento comum europeu de justiça é uma das condições para a edificação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. Cfr. Plano de Viena, JOCE, C 19, de 31 de Janeiro de 1999, pp. 1 e ss..

protecção penal dos interesses financeiros da Comunidade como demonstram as directivas e, mais recentemente, várias Decisões-Quadro do Conselho³⁷: *reforço da tutela penal contra a contrafacção de moeda na perspectiva da introdução do euro* [DQ n.º 2000/383/JAI, de 29 de Maio³⁸]; *combate à fraude e contrafacção de meios de pagamento que não em numerário* [DQ n.º 2001/413/JAI, de 28 de Maio³⁹]; *branqueamento de capitais* [DQ 2001/500/JAI de 26 de Junho de 2001⁴⁰]; e *prevenção e luta contra o terrorismo* [repressão do terrorismo] [DQ 2002/475/JAI, de 23 de Junho de 2002⁴¹].

³⁷ Quanto a este assunto, VALENTE, M. M. GUEDES. *Do Mandado de Detenção ...*, pp. 55-57.

³⁸ O Considerando (9) prescreve que os Estados-Membros devem garantir a protecção devida à nova moeda através de «medidas penais eficazes» de teor substantivo e adjectivo [dos artigos 3.º, 4.º, 5.º e 6.º da DQ retira-se a obrigação de que as condutas tipificadas sejam criminalizadas e punidas com «sanções eficazes, adequadas e dissuasivas, incluindo as privativas da liberdade que possam dar lugar a extradição.

³⁹ Os Considerandos (8) e (9) prescrevem que a criminalização de todo o leque de actividades próprias da criminalidade organizada seja efectuada «em todos os Estados-Membros», sem olvidar «uma assistência mútua o mais lata possível»³⁹ entre aqueles [sentido vertido nos artigos 2.º a 12.º e da DQ.

⁴⁰ O Considerando (4) “recomenda a ***aproximação do Direito Penal e Processual Penal*** em matéria de luta contra o branqueamento de capitais (nomeadamente no que se refere à perda de fundos) e especifica que a “definição das actividades criminosas que constituem infracções principais no domínio do branqueamento de capitais deve ser uniforme e suficientemente amplo em todos os Estados-Membros”.

⁴¹ A primeira parte do Considerando (6) prescreve que “a ***definição de infracções terroristas***, incluindo as infracções relativas aos grupos terroristas, ***deveria ser aproximada*** em todos os Estados-Membros”. Negrito e itálico nossos. Acresce que o considerando se apresenta como um processo de intenção patente no tempo verbal – condicional imperfeito. Quanto ao terrorismo e à consciência de que é um facto global, cujos efeitos nefastos sócio-económico-

7. A política criminal europeia actual não emerge da harmonização, mas assenta fortemente na eficácia da coordenação e da cooperação judiciária e policial em matéria penal, que por sua vez assenta no reconhecimento mútuo das decisões judiciais. A construção desse espaço penal europeu devia centrar-se na harmonização, apoiada em uma política criminal europeia coesa e fruto de uma reflexão comum sobre valores comuns. Esta opção é, na nossa opinião, a via mais sensata para a criação e promoção de um *espaço de liberdade, justiça e segurança comum*. Contudo, a sua não asserção plena gera um *vazio* e dá espaço à incrementação do reconhecimento mútuo – cuja primeira concretização foi o *mandado de detenção europeu* –, que acompanhado pela abolição (relativa) da dupla incriminação, gera o risco da

culturais podem ser prevenidos e minorados, o Conselho, nos termos dos artigos 30.º, 31.º e al. c) do n.º 2 do artigo 34.º aprovou a Decisão n.º 2003/48/JAI, de 19 de Dezembro de 2002, que procura **harmonizar ou aproximar** os procedimentos policiais e judiciários em matéria penal de luta contra o terrorismo promovendo-se uma maior «cooperação entre os serviços operacionais responsáveis pela luta anti-terrorista: Europol, Eurojust, serviços de informação, polícia e autoridades judiciais», sem que se ponha em causa os direitos fundamentais e os princípios prescritos no artigo 6.º do TUE, através da implementação por cada Estado-Membro de medidas específicas a cada serviço operacional das quais destacamos as que visam «garantir que os pedidos de assistência judiciária e de **reconhecimento e execução de decisões judiciais**, (...), sejam tratados com urgência e com prioridade» – cfr. Considerandos (5) e (8) e artigos 2.º a 7.º, *maxime* artigo 6.º, da Decisão, publicada no JO L 16, de 22 de Janeiro de 2003. Negrito nosso.

instalação de “uma orientação repressiva e securitária” no espaço penal europeu⁴² que afecta os direitos fundamentais dos cidadãos.

Desejávamos que a estrada da harmonização ganhasse palmas no pós-reconhecimento mútuo como se depreende das várias Decisões-Quadro que não só enquadram o direito penal substantivo, como também o processual⁴³, mas o Tratado de Lisboa manteve a linha de valorização do pragmatismo e da eficácia do reconhecimento mútuo⁴⁴ e coloca a harmonização num plano

⁴² Cf. RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. A emergência de um «Direito Penal Europeu» In: *Revista Estratégia* ..., n.ºs 18-19, p. 155. No mesmo sentido DIAS, A. SILVA. De que direito penal precisamos nós Europeus? Um olhar sobre propostas recentes de Constituição de um Direito Penal comunitário. In: *RPCC*, Ano 14, n.º 3, 2004, pp. 315-318. Com uma crítica ao abandono do Direito penal da liberdade em prol de um Direito penal da perigosidade e de uma Europa *fortaleza*, VALENTE, M. M. GUEDES. *Direito penal do inimigo e o Terrorismo. Do «Progresso ao retrocesso»*. Reimpressão da 2.ª Edição – Versão portuguesa. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 109-123.

⁴³ Falamos da DQ n.º 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho – publicada no JO L 203, de 1 de Agosto de 2002 – relativa à *luta contra o tráfico de seres humanos*, da DQ n.º 2002/946/JAI do Conselho, de 28 de Novembro – publicada no JO L 328 de 5 de Dezembro de 2002 – relativa ao *reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares*, da DQ n.º 2003/80/JAI do Conselho, de 27 de Janeiro – publicada no JO L 29 de 5 de Fevereiro de 2003 – sobre a *protecção penal do ambiente*, à DQ n.º 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de Julho – publicada no JO L 192 de 31 de Julho – referente à *corrupção no sector privado*, da DQ n.º 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de Dezembro de 2003 – publicada no JO L 13 de 20 de Janeiro de 2004 – relativa à *luta contra a exploração sexual de crianças e pornografia infantil*. Todas as Decisões Quadro têm como escopo a harmonização da legislação penal substantiva e adjectiva dos Estados-Membros. Quanto à necessidade de harmonização do processo penal, em especial, do regime da prova DELMAS-MARTY, M. (Coord.), *Corpus...*, p. 35.

⁴⁴ Quanto a este assunto VALENTE, M. M. GUEDES. *Do Mandado de Detenção* ..., pp. 64-66.

de complementaridade⁴⁵. Acresce que o veredicto da parca harmonização alcançada ou projectada tende, perigosamente, para um maior *pendor securitário e repressivo* do direito penal no quadro do espaço europeu, gerando o conseqüente receio de estarmos a edificar e a fortalecer um *Estado policial europeu*.

8. Esta realidade advém de dois importantes factores: o primeiro centra-se na ideia de que a construção penal europeia em curso, cujos alicerces se unem e entrelaçam, não resulta de uma política criminal europeia fruto de um diálogo entre a sociedade civil e o poder político, ou seja, existe um *fosso* e um *divórcio* que se adensa sempre que em causa estão decisões que impliquem grande reflexão e sentimento de perda de soberania⁴⁶ – veja-se a opção da aprovação e ratificação do Tratado de Lisboa não estar sujeita a Referendo como inicialmente se estipulou para a Constituição Europeia; o segundo factor entronca na ideia de que a construção se tem pautado por respostas a momentos cujo sentimento de segurança no espaço europeu se encontra em crise, *i. e.*, não existe um rumo

⁴⁵ Como se depreende dos artigos 67.º, n.º 3, e do artigo 82.º, n.º 1 do TFUE.

⁴⁶ Quanto à soberania como factor de resistência e de afirmação no quadro do direito penal, RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. O papel dos sistemas legais In: *RPM*, n.º 84, p. 15; DIAS, A. SILVA. De que direito penal precisamos In: *RPCC*, pp. 305-307; DUPUY, RENÉ-JEAN. *Direito Internacional*, pp. 24-30, PRADEL, JEAN e CORSTENS, GEERT. *Droit Pénal ...*, p. 3.

coerente de harmonização em que o espaço dever-se-ia edificar na base de *princípios* como os da *segurança jurídica* e da *legalidade penal*, princípios de todo o espaço penal europeu e não de alguns cantões desse espaço⁴⁷. Este devia ser o caminho a percorrer para que se edificasse um Direito Penal Europeu de *equilíbrio* entre a tutela de bens jurídicos afectados por condutas humanas negativas e a defesa do delinquentes face ao *ius puniendi* europeu, cujo pêndulo devem ser os direitos fundamentais dos cidadãos; que fosse *garantia*, que fosse *segurança*, e funcionasse como *coesão social* europeia.

A diminuição da força da harmonização das legislações penais está arreigada à ideia de que surge tão-só como resposta ao receio e aos medos do aumento e da transnacionalização do crime^{48/49} e como mera cirurgia

⁴⁷ Neste sentido e falando na unificação do direito penal material e processual para uma maior igualdade entre os cidadãos europeus e uma maior segurança jurídica, MARTÍN DIZ, FERNANDO. *Constitución Europea: Génesis de una Justicia Penal Comunitária*. In: *Constitución Europea: Aspectos Históricos, Administrativos y Procesales*. Santiago de Compostela: Tórculo Edicións, 2006, p. 201.

⁴⁸ Em especial do fenómeno terrorista, cuja memória de terror do 11 de Setembro de 2001 de Nova Iorque, do 11 de março de Madrid de 2004 e do 7 de julho de Londres de 2005, mantemos na nossa mente. Para uma visão multidisciplinar e abrangente do terrorismo, MOREIRA, ADRIANO (Coord.), *Terrorismo*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2004. Acrescente-se que as DQ do terrorismo e do mandado de detenção europeu devem ser vistas como o resultado “de um caminho feito no cumprimento de uma injunção contida no próprio Tratado de Amsterdão – onde pela primeira vez se fala de *espaço europeu* – e nas conclusões do Conselho Europeu de Tampere” [Cfr. RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. A Emergência de Um «Direito Penal Europeu» In: *Revista Estratégia...*, n.ºs 18-19, p. 148]. O 11 de Setembro promoveu, como afirma ANNE WEYEMBERGH, o *consenso* da importância que a luta contra o terrorismo encerra no quadro do espaço da União e fez com que os Estados-

plástica, cognitivizando a segurança, adiando-se as verdadeiras cirurgias neurológicas, como denotam as tipologias criminais em que a harmonização penal material deve incidir. Não obstante as críticas doutrinárias, este olhar permanece nos artigos 67.º, n.º 3, 82.º, n.ºs 1 e 2 e 83.º do TFUE. A harmonização carece, ainda, da ideia nuclear da tradição penal europeia de que o direito penal é um justo equilíbrio entre a “ordem de protecção de bens jurídicos perante o crime” e a “ordem de protecção de interesses humanos perante o poder punitivo”, *i. e.*, o direito penal europeu a construir deve ser a expressão de um “justo equilíbrio entre a repressão do ilícito transfronteiriço gravemente atentatório de valores comunitários fundamentais e a protecção dos direitos, liberdades e garantias do delinquentes”⁵⁰.

9. O princípio da harmonização das legislações penais dos Estados-Membros não visa, exclusivamente, “compensar a supressão do controlo das fronteiras internas”, mas tem como finalidade a criação de um “(autêntico)

membros sentissem necessidade de “modernizar (ou dever-se-á dizer «ultrapassar?») os meios tradicionais de cooperação e progredir na construção de um espaço penal europeu” [*Ibidem*].

⁴⁹ Neste sentido e no perigo das ameaças vindas da globalização gerarem um direito penal europeu erigido por burocratas e não por penalistas, colocando em perigo as garantias dos cidadãos, e defendendo a harmonização do direito penal dos Estados-Membros para a edificação de um direito penal europeu, BUENO ARÚS, F.. *La Ciencia del Derecho Penal: un Modelo de Inseguridad Jurídica*. Cizur Menor: Cuadernos Civitas, Thomson-Civitas, 2005, pp. 189-195.

⁵⁰ DIAS, A. SILVA. De que direito penal precisamos In: *RPCC*, pp. 315.

espaço penal europeu comum”, e apresenta-se como a via mais saudável. Não devemos embarcar no “desenvolvimento «cego» do princípio do reconhecimento mútuo”⁵¹ que transporta consigo um juízo de eficácia e pragmatismo, gerador de restrições fortes de direitos, liberdades e garantias fundamentais, e, conseqüentemente, repressivo e securitário. Os princípios da eficácia e do pragmatismo ganham terreno na edificação de um espaço de segurança que, a par do afastamento da dupla incriminação, pode gerar um espaço cujo conteúdo e essência dos direitos, liberdades e garantias processuais penais derivem de acordo com o Estado-Membro em que os cidadãos são encontrados e possam ser detidos, julgados ou entregues a uma autoridade judiciária de outro Estado-membro. Nesta linha e na advertência da conquista operada pela intolerância face ao «outro» e ao «desconhecido», cujo odor e tez do outro podem simbolizar o perigo de um ataque terrorista – que legitime a ordem de «atirar a matar». Acompanhamos NUNES DE ALMEIDA, quando nos fala(va) dos fanáticos discursos do excesso de garantias em prol de uma política de *securitarismo* e de *justicialismo*, cuja segurança é

⁵¹ RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Um Sistema Sancionatório Penal para a União Europeia – Entre a Unidade e a Diversidade ou os caminhos da Harmonização*. Texto Policopiado, Coimbra, 2004, pp. 46-47 e *A Nova Europa e o Velho Défice Democrático*, Texto Policopiado, Coimbra, 2004, p. 9. Estes textos encontram-se atualmente publicados em livro: RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Texto VIII e Texto V respectivamente.

o fim em si mesmo independentemente dos meios disponíveis para a alcançar⁵².

Não afastamos a ideia de que a implementação e a concretização do princípio do *reconhecimento mútuo* podem encabeçar o início do reconhecimento ou da consciencialização de que é necessário e de que existe um direito penal europeu em construção⁵³, melhor, em afirmação, que se deseja não securitário, mas sedimentado em uma política criminal que tem no centro o «rosto dos homens»⁵⁴ titulares de direitos e liberdades fundamentais. O espectro securitário, que se sente e respira com a elevação

⁵² Cfr. ALMEIDA, L. NUNES DE. Tolerância, Constituição e Direito Penal. In: *RPCC*, Ano 13, n.º 2, abril-junho, 2003, pp. 159-175, *maxime* pp. 171-172.

⁵³ Consta-se que a soberania penal passa a ser partilhada com outros Estados-Membros no espaço da União. Quanto a este assunto, MATOS, R. J. BRAGANÇA DE. O Princípio do Reconhecimento Mútuo e o Mandado de Detenção Europeu. In: *RPCC*, Ano 14, n.º 3, 2004, p. 326.

⁵⁴ RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. Criminalidade Organizada – Que Política Criminal?. In: *Themis* – Revista da Faculdade de Direito da UNL. Ano IV, n.º 6, 2003, p. 46. Como ensina HASSEMER, o direito penal que temos no espaço europeu – e que se vislumbra para a futura Constituição Europeia – está dotado de características de instrumento de segurança, que a par da eficácia, tem prevalência em detrimento dos valores da liberdade e da justiça [*apud* DIAS, A. SILVA. De que Direito Penal Precisamos.... In: *RPCC*, p. 317].

Acresce que o *espírito securitário* está incrementado *ab initio* no artigo 29.º do TUE, desde logo por estipular que a União tem como objectivo «facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça», cujos instrumentos para concreção desse objectivo são a cooperação policial, seguindo-se a cooperação judiciária e, por último e “quando necessário”, a aproximação das legislações penais – harmonização – com a adopção gradual de medidas que detenham regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções e quanto às sanções por parte dos Estados-Membros. Este espírito securitário mantém-se nos artigos 67.º, 82.º e 83.º do TFUE.

do *reconhecimento mútuo* a pedra angular da construção penal europeia, independentemente da existência ou não da dupla incriminação, sobressai, com agravo, com a ideia de edificação do espaço penal europeu com eficácia e pragmatismo no quadro da prossecução da cooperação policial e da cooperação judiciária em prejuízo da harmonização e, conseqüentemente, dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão, em especial processuais⁵⁵. O travão à emoção investigatória deve-se registar *ab initio* – a montante –, *i. e.*, desde a legiferação e não apenas na interpretação – restritiva – e na aplicação das normas jurídico-criminais e jurídico-processuais criminais que afectam direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

⁵⁵ Neste sentido VOGEL, JOACHIM. Estado y tendencias de la armonización In: *Revista Penal*, n.º 10, pp. 114-115, 117-118. No sentido de que os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos devem prevalecer no quadro da cooperação judiciária e policial em matéria penal, devendo para tal ser sempre judicializada, GONZÁLEZ-CASTELL, ADAN CARRIZO. *Cooperación Judicial y Policial Europea*, (Tesis Doctotal). Salamanca: Policopiada, pp. 665-674 (p. 670).

IV

Do primado dos direitos, liberdades e garantias fundamentais

10. O princípio do primado dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos sobrepõe-se e é fundamento da construção de um espaço penal europeu, não podendo os instrumentos jurídicos de cooperação, o reconhecimento mútuo e a harmonização penal afectarem o núcleo e o conteúdo essencial daqueles. A União deve construir-se num espaço de liberdade, de justiça e de segurança sob a égide dos direitos fundamentais dos cidadãos e sob o manto dos «valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem», valores comuns a todos os Estados-membros cuja sociedade se afirma pluralista, tolerante, justa, solidária e não discriminatória⁵⁶.

Não obstante o Tratado de Lisboa manter a trilogia liberdade, segurança e justiça – expressão de um espaço europeu pró-securitário – e não ter optado pela trilogia liberdade, justiça e segurança –, expressão de um espaço humanizado e democratizante⁵⁷ –, a União, qualquer que seja o

⁵⁶ Cfr. artigo 2.º do TUE alterado pelo Tratado de Lisboa.

⁵⁷ Quanto a este assunto VALENTE, M. M. GUEDES. *Do Mandado de Detenção ...*, pp. 106-108 (108). Pois, como afirma J. HABERMAS ao falar da teoria de ABENDROTH, o “estado democrático, vale como centro de uma sociedade autodeterminante e transformadora”, devendo ser este o vector de europeização do direito penal ou da construção do direito penal

caminho da construção desse espaço, não pode abdicar a qualquer custo de um património comum europeu – direitos fundamentais do Homem –, cuja conquista e edificação fora amarga, sob pena de limitar a força do *ius puniendi*⁵⁸ por inexistência de legitimidade sociológica e normativa⁵⁹. Não só a atrocidade das penas é “oposta ao bem público e ao próprio fim de impedir os delitos”⁶⁰, como ensina BECCARIA, como também a atrocidade dos meios de procedimento penal e de execução de sanções se denota ser

europeu fruto da autodeterminação e autotransformação da sociedade europeia, porque a “ordem social encontra-se, no total, à disposição da formação democrática da vontade do povo” e porque a “força legitimadora, existente na racionalidade de processos jurídicos (...) se transmite, (...), em primeira linha, através do processo democrático da legislação”. Cfr. HABERMAS, JÜRGEN. *Direito e Moral*. Tradução do Alemão *Recht und Moral* de SANDRA LIPPERT. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, pp. 43 e 65.

⁵⁸ Relembramos a expressão beccariana de que “toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica”. Cfr. BECCARIA, CESARE. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de JOSÉ DE FARIA COSTA. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 64.

⁵⁹ Quanto à *legitimidade sociológica e normativa* ZIPPELIUS, REINHOLD. *Teoria Geral do Estado*. Tradução do Alemão *Allgemeine Staatslehre* de KARIN PRAEFKE-AIRES COUTINHO, sob a Coordenação de J. J. GOMES CANOTILHO. 3.^a Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 70-71 e 154-156. Quanto à legitimidade da legalidade ou através da legalidade (do direito positivo) emergente de um procedimento democrático legislativo, HABERMAS, JÜRGEN. *Direito e Moral*, pp. 11-67 (pp.34, 43-47). Quanto à teoria da legitimidade jus normativa e sociológica, VALENTE, M. M. GUEDES. *Teoria Geral do Direito Policial*. 5.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 181-231 e *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa: UCE, 2013, pp. 329-379.

⁶⁰ BECCARIA, CESARE. *Dos Delitos...*, p. 67.

contrária à prevenção geral (positiva e negativa) e à prevenção especial positiva.

11. Os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem prevalecer mesmo em prejuízo da *verdade material judicialmente inválida* – *p. e.*, a reserva da intimidade da vida privada releva de modo superior face à obtenção da prova por meio de escutas telefónicas automatizadas, sem autorização de um juiz, ou por meio de apreensão e abertura de correspondência pelo OPC ou por meio de busca domiciliária, sem autorização de um juiz ou sem estarem preenchidos os pressupostos do estado de necessidade ou sem estarem preenchidos os pressupostos jurídico-constitucionais e processuais que justificam a imediata intervenção policial.

A verdade material – como fim do direito processual penal a par da realização da justiça, da defesa e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, o restabelecimento e alcance da paz jurídica, pública e social – não pode estar à mercê da acusação e da defesa, mas deve “ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas *processualmente válida*”⁶¹. Se a União reconhece e adere aos

⁶¹ Cfr. DIAS, J. DE FIGUEIREDO. *Direito Processual Penal*. Coleção Clássicos Jurídicos. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 193-194. Neste sentido, ENSINA CASTANHEIRA NEVES, ao afirmar que “o triunfo da *verdade material* implica igualmente a decisiva consequência de não poder fundar-se em juízo probatório senão na *prova efectiva* dos factos”, o que afasta o arguido do *ónus da prova* (material) e, conseqüentemente, remete para o princípio *in dubio*

direitos, liberdades e garantias fundamentais consagradas na CEDH e na CDFUE⁶², não pode abdicar dos seus postulados ao construir um espaço penal europeu em prol de dotar os cidadãos europeus de um elevado nível de segurança, em que a justiça e a liberdade sejam meras quimeras.

pro reo. Cfr. NEVES, A. CASTANHEIRA. *Sumários de Processo Criminal*. Lições policopiadas. Coimbra, 1968, p. 41.

⁶² Cfr. artigo 6.º do TUE alterado pelo Tratado de Lisboa e o artigo 1.º do Estatuto do Conselho da Europa, assinado a 5 de Maio de 1949, em Londres.

V

Breve Conclusão

12. A *realização da justiça* no espaço europeu deve ser prosseguida em liberdade e não só em segurança totalitária. A realização da justiça não se pode identificar com a violação de direitos e liberdades fundamentais em geral nem aceitar ou admitir a agressão desnecessária e excessiva das garantias processuais, sob pena de se gerar uma não-aceitação pela comunidade da acção punitiva e uma não asserção plena da *paz jurídica* no espaço europeu.

A *paz jurídica* europeia será “mais perturbada pela violação das regras fundamentais da dignidade e da rectidão da actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes”⁶³. A *eficácia da justiça* é, sem dúvida, um *valor* que deve ser concretizado e prosseguido no espaço europeu, mas “numa sociedade livre e democrática *os fins nunca justificam os meios*”.

Só é de louvar a eficácia da justiça quando for “alcançada pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem as sofre, mas não menos quem as usa”⁶⁴. O Tratado de Lisboa dá aos Estados-Membros a possibilidade de «manterem ou de

⁶³ SILVA, GERMANO MARQUES DA. *Curso de Processo Penal*. 2.^a Edição. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1998, Vol. II, pp. 160-161.

⁶⁴ SILVA, GERMANO MARQUES DA. *Ética Policial e Sociedade Democrática*. Lisboa: Edição do ISCPSI, 2001, pp. 99-100. Itálico nosso.

introduzirem um nível mais elevado de protecção das pessoas»⁶⁵, tendo em conta os valores consagrados nas Constituições de cada Estado.

Os Estados-membros não podem encontrar no Tratado de Lisboa a tábua de justificação de uma política criminal securitária e detractora dos direitos fundamentais, que são a razão de ser e limite do direito penal. Os preceitos emergentes do Tratado de Lisboa no quadro da construção de um espaço penal europeu não podem justificar um direito penal europeu (e nacional) securitário e uma política criminal europeia (e nacional) securitária com o fundamento na edificação de um elevado nível de segurança, de liberdade e de justiça, mas devem ser antes um incentivo ao aprofundamento dos direitos e liberdades fundamentais na construção desse elevado nível de liberdade, de justiça e de segurança.

A construção de um direito penal europeu só é admissível se for o resultado de um *debate sério e profundo*, se for o fruto de um *pensamento identitário* de um *sentimento comum*, se emergir dos *fundamentos da liberdade* e da *justiça*, se for o reflexo de um *património comum europeu*⁶⁶: os direitos, as liberdades e garantias fundamentais inscritas na CEDH e na CDFUE.

⁶⁵ Cfr. parte final do n.º 2 do artigo 82.º do TFUE.

⁶⁶ Neste sentido, DELMAS-MARTY, MIREILLE. *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*. Tradução de DENISE RADANOVIC VIEIRA. Malone, Buereri – SP, 2004, pp. 464-481.

Esta construção implicará um *maior aprofundamento e alargamento* do âmbito de intervenção do princípio da *harmonização* – cuja defesa e tutela dos direitos fundamentais ganha espaço – em *detrimento* da eficácia da *cooperação judiciária e policial* em matéria penal e do reconhecimento mútuo. Podemos afirmar que este espaço tem de se construir sem receios de impor aos Estados-membros a inclusão da *cláusula de não-discriminação*, cuja inscrição se esconde nos considerandos das Decisões-Quadro⁶⁷.

A consagração desta cláusula tem de ser efectiva nos instrumentos jurídicos penais europeus e não uma mera intenção política, sob pena de estarmos a viver um sonho europeu e não uma realidade.

Pinhal Novo, 21 de abril de 2008

Lisboa, 22 de março de 2019

⁶⁷ Quanto a este assunto e com uma crítica profunda ao medo dos políticos afirmarem a cláusula de não-discriminação como limite à perseguição e à responsabilização penal, VALENTE, M. M. GUEDES. *Do Mandado de Detenção ...*, pp. 320-329.