

Data enia

Revista Jurídica Digital

6 
Novembro 2016



O Juiz nacional, europeu, internacional e o Direito Penal

Luís de Lemos Triunfante

Juiz de Direito

Mestre em Direito

Perito Nacional Destacado no Gabinete
Português junto da Eurojust

RESUMO: A construção dogmática e jurisprudencial da atribuição/repartição da jurisdição sancionatória nacional e internacional apela a uma reflexão sobre as competências no campo penal e na concorrência dos juízes, nas suas diferentes facetas, nacional, europeu e internacional. Tal reflexão passa, pela sua relevância, por duas áreas ou contextos distintos: no âmbito universal, i) a demanda por princípios/regras que possam orientar os juízes na distinção dos patamares de jurisdição, e no âmbito regional ou europeu, ii) a análise do princípio do reconhecimento mútuo, pelo seu pioneirismo e vanguardismo, "pedra angular" da cooperação judiciária europeia em matéria penal.

ABSTRACT: The dogmatic and jurisprudential construction of the allocation / distribution of national and international jurisdiction penalty calls for a reflection on the responsibilities in the criminal field and competition judges, in its different facets, national, European and international. Such reflection becomes, by its relevance for two areas or different contexts: at the universal level, i) the demand for principles / rules that can guide the judges in distinguishing jurisdictional levels, and at the regional or European level, ii) analysis of principle of mutual recognition, for its pioneering and avant-gardism, "cornerstone" of European judicial cooperation in criminal matters.

O Juiz nacional, europeu, internacional e o Direito Penal (*)

Luís de Lemos Triunfante

Juiz de Direito

Mestre em Direito

Perito Nacional Destacado no Gabinete
Português junto da Eurojust

Sumário: I. *Raison d'être* do tema; II. A atribuição da jurisdição sancionatória em função da infração: a) natureza da infração; b) gravidade da infração; III. A atribuição da jurisdição sancionatória em função do autor da infração: a) grau de responsabilidade; b) qualidade dos autores/responsáveis; IV. O reconhecimento mútuo: um modelo auto-suficiente de cooperação judiciária na União Europeia: a) os fatores intrínsecos; b) a extensão do campo de aplicação do reconhecimento mútuo à cooperação judiciária penal; c) a técnica jurídica inovadora do novo mecanismo de cooperação judiciária europeia; d) os fatores extrínsecos; e) a subsidiariedade do método de harmonização das legislações nacionais; f) o desenvolvimento dos mecanismos de cooperação judiciária; V. Conclusão

Summary: I. *Raison d'être* theme; II. The assignment of the penalty jurisdiction depending on the offense: a) nature of the offense; b) seriousness of the offense; III. The assignment of the penalty jurisdiction based on the offender: a) degree of responsibility; b) quality of the authors/guardians; IV. Mutual recognition: a self-contained model of judicial cooperation in the European Union: a) the intrinsic factors; b) the extension of the scope of mutual recognition of criminal judicial cooperation; c) the innovative legal technique of the new mechanism of European judicial cooperation; d) the extrinsic factors; e) subsidiarity of the method of harmonizing the national laws; f) the development of judicial cooperation mechanisms; V. Conclusion.

(*) Aqui recuperando o título da obra: "*Juge national, européen, international et droit pénal*" – *Actes de la journée d'étude organisée le 24 juin 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux*", Collection Actes & Études, Éditions Cujas, 2012, jornadas de estudo que juntaram juízes e professores de direito sobre a temática em questão e que deram origem à obra indicada, com a direção de V. MALABAT, Professora na Universidade Montesquieu – Bordeaux IV. O artigo segue o acordo ortográfico de 1990.

I – Raison d’être do tema

A razão de ser deste tema resulta do exercício das minhas funções como juiz e perito nacional destacado no gabinete nacional junto da Eurojust e no estudo do fenómeno de internacionalização do direito penal, o qual veio alterar profundamente a fisionomia do espaço sancionatório penal. Com efeito, passamos de uma realidade iminentemente nacional, para um quadro naturalmente dividido em jurisdições penais diferenciadas: *i*) jurisdição nacional, a qual continua a ser considerada com a “ordem jurídica natural”; *ii*) a jurisdição internacional, correspondendo, na sua essência, ao espaço penal ocupado pelas diferentes jurisdições internacionais; *iii*) um espaço ou jurisdição intermédia, de aparição mais recente, a qual se denominou de jurisdições penais híbridas¹. Esta última, igualmente conhecida como jurisdição de terceira geração ou de jurisdição mista, distingue-se das jurisdições internacionais, respondendo a lógicas internacionais de funcionamento e de organização distintas². Nesta matéria são exemplos o Tribunal Penal para o Timor Oriental³, o Tribunal Especial para o Líbano⁴, as Câmaras extraordinárias para o Camboja⁵, as Câmaras especiais criadas para as jurisdições bósnia (Bósnia-Herzegovina) e kosovar⁶. O mesmo sucedeu

¹ Adoptando a feliz terminologia de Amane Gogorza, em “*CPI, TPI, Tribunaux Internationalisés, jurisdictions nationales: Quel juge pour quelle infraction internationale?*”, página 79, Livro “*Juge National, Européen, International et Droit Pénal*”, Éditions Cujas, 2012

² Para um estudo completo das jurisdições penais internacionais: A.C. MARTINEAU, “*Les jurisdictions pénales internationales. Un nouveau modele de justice hybride?*”, Paris, Pédone, coll. “*CERDIN – Perspectives internationales*”, n.º 28, 2007. H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et M. SOREL (dir.), “*Les jurisdictions pénales internationalisées*”, Paris, Societé de legislation comparée, 2006. Acerca dos diferentes graus de jurisdição penal: R. Kolb, “*Le degree ‘s d’internationalisation des tribunaux pénaux internationalisés*”, in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et M. SOREL (dir.), *Les jurisdictions pénales internationalisées*”, op. cit., páginas 47 e ss.

³ Criado pela administração transitória encarregada de exercer os poderes legislativo, executivo e judicial: Regulamento 15/2000 de 6 de junho de 2000

⁴ Criado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, Resolução 1757 de 30.05.2007

⁵ Instituído por uma Lei cambojana de 10 de agosto de 2001, adoptado em aplicação de um documento redigido pelas Nações Unidas a fim de proceder a investigação aos factos cometidos no Camboja entre 1975 e 1979. Acerca desta questão: E. DAVID, “*Éléments de droit international et européen*”, Bruxelas, Bruylant, cool. “*ULB – Précis*”, 2009, páginas 911 e ss.

⁶ Acerca do processo de criação destas Câmaras, no Kosovo em 2000 e na Bósnia Herzegovina em 2002: E. DAVID, “*Éléments de droit international et européen*”, op. cit., páginas 921 e ss.

com a criação do Tribunal especial para a Serra Leoa⁷, este com um nível de internacionalização bem mais acentuado, razão pela qual não é considerado geralmente como integrante do sistema judicial nacional da Serra Leoa⁸.

Esta nova divisão da jurisdição sancionatória apela, assim, a uma reflexão sobre a repartição de competências no campo penal e na concorrência dos juízes, nas suas diferentes facetas, nacional, europeu e internacional.

Esta reflexão assumirá, pela sua especial relevância, duas áreas ou contextos distintos: *i*) no âmbito universal, a demanda por princípios/regras que possam orientar a distinção que terá de existir sobre os diferentes patamares⁹ e *ii*) no âmbito regional ou europeu, pelo seu pioneirismo e vanguardismo, a análise do princípio do reconhecimento mútuo, “pedra angular”¹⁰ da cooperação judiciária europeia em matéria penal¹¹.

A ideia de um juiz e de uma justiça/juridição internacional resulta de uma vontade repressiva e sancionatória contra os Estados por intermédio dos seus representantes¹². No início do século XX, a doutrina levantou a hipótese das jurisdições penais internacionais abrangerem outras infrações enquadradas nos valores internacionais, alargando o campo de intervenção a todo e qualquer indivíduo culpado por infrações ditas internacionais, mesmo que tal determinasse retirar ao poder sancionatório nacional competência

Ainda recentemente foram instituídas novas Câmaras Especiais para o Kosovo: <https://www.scp-ks.org/en>

⁷ Acordo para a criação do Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa, de 16 de janeiro de 2000

⁸ Art.º 11.º & 2 do Acordo para o Tribunal Especial 2002. Acerca desta matéria, A. C. MARTINEAU, “*Les juridictions pénales internationales. Un nouveau modele de justice hybride?*”, op. cit. Páginas 35 e ss.. Em síntese, o autor defende que o Tribunal Especial para a Serra Leoa deverá ser analisado como se tratasse de uma organização internacional.

⁹ Numa tripla perspectiva, nacional, europeu e essencialmente internacional

¹⁰ “*driving force*” ou “*pierre angulaire*”

¹¹ Numa perspetiva mais regional e no caso português, mais relevante

¹² Acerca da evolução histórica do direito penal internacional: H. DONNEDIEU de VABRES, “*Les principes modernes du droit penal international*”, Paris, Virey, 1928, (reedição Ed. Panthéon-Assas/LGDJ), 2004, páginas 403 e ss., S. SZUREK, “*La formation du droit international penal*”, in H: ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), *Droit penal international*, Pédone, 2000, páginas 7 e ss.

jurisdicional¹³. De acordo com esta tese, ao juiz de cada jurisdição, cabia o poder de conhecer as infrações conforme a natureza em causa, ou seja, num domínio nacional ou internacional e unicamente nesses dois domínios.

Na jurisdição internacional assume particular relevância o Tribunal Penal Internacional (TPI) e o seu Estatuto fundador de Roma. Dado o seu protagonismo ímpar, uma parte da doutrina propõe repensar a regra da complementaridade a fim de que as acusações apresentadas ao TPI respondam a uma certa lógica, até mesmo a uma certa estratégia processual¹⁴, a qual visa completar, e, de uma certa medida, controlar os sistemas nacionais.

Na prática e numa visão mais sintética, surgem dois critérios, que permitem ao juiz nacional, europeu e internacional, o conhecimento da infração internacional. O primeiro, objetivo, consiste em definir a jurisdição sancionatória como nacional ou internacional em função da infração, um segundo, de pendor subjetivo, completa esta primeira repartição material da jurisdição sancionatória tendo em consideração o autor da infração.

II. A atribuição da jurisdição sancionatória em função da infração

Sem prejuízo da diversidade dos sistemas legais, a repartição de competências entre os juízes nacionais, internacionais e internacionalizados deve responder a uma lógica análoga. Na verdade, a justiça internacional ou internacionalizada constitui um complemento ou uma correção da justiça nacional, razão pela qual a competência do juiz internacional ou

¹³ S. SZUREK, *“La formation du droit international penal”*, préc. n.º 15. O autor desenvolve a posição de V. Pella, autor de *“La criminalité collective des États et le droit penal de là venir”* e explica: *“Si le droit penal de l’avenir devait appréhender en priorité, du fait de leur gravité par l’ordre international, la guerre d’agression et les crimes de guerre, Pella ne limitait pas à ces infractions le champ matériel de la discipline. A son sens, il fallait y inclure également les crimes de droit des gens commis pas les particuliers, qui soumis à la repression universelle, ne relevaient plus, de ce fait, du droit penal international “privé” mais du nouveau droit international pénal”*.

¹⁴ Acerca desta questão: G. GIUDICELLI-DELAGE, *“Poursuivre et juges selon les intérêts de la justice”*, RSC 2007, página 473

internacionalizado constitui uma exceção, tanto no que concerne à natureza da infração como à sua gravidade.

II.a A atribuição da jurisdição sancionatória fundada na natureza da infração

As jurisdições penais internacionais e uma grande parte das jurisdições híbridas têm a sua competência limitada às infrações cuja natureza é singular, e que se poderão designar como infrações universais¹⁵. Neste âmbito, inserem-se os crimes contra a humanidade, o genocídio, as violações graves do direito humanitário num contexto de crimes de guerra. De qualquer forma, existem exceções, ou seja, certas jurisdições internacionais que são competentes para as infrações ditas nacionais, como são os casos das câmaras especiais do Kosovo¹⁶ ou o Tribunal de Timor Oriental¹⁷. Mas estes casos explicam-se, quer pela predominância nacional destas jurisdições, quer pelo seu carácter singular. Só o Tribunal especial para o Líbano foi constituído para conhecer de uma infração que não é considerada como um crime universal, o terrorismo¹⁸, ou melhor, desde que a Organização das Nações

¹⁵ O conceito de infracção internacional pela sua natureza é habitualmente utilizada para designar a infração que tutela bens internacionais, numa acepção em que *“l’infraction est internationale par nature parce qu’elle consiste en un comportement illicite qui porte atteinte aux fondements de la société internationale eel-même”*: C. LOMBOIS, *“Droit pénal international”*, Paris, Dalloz, 1979, n.º33. Neste âmbito estão compreendidas as infracções que visam proteger um interesse internacional, como é o caso do espaço penal europeu, a noção de infracção universal será preferível para designar as infrações que, pela sua gravidade, parecem como naturalmente contrárias a toda a comunidade internacional.

¹⁶ Acerca da competência particular que lhe permite conhecer de todas as infrações: C. MARTINEAU, *“Les juridictions pénales internationales. Un nouveau modele de justice hybride?”*, op. cit., páginas 132; H. ASCENSIO, *“L’apport des TPI à la définition des crimes internationaux”*, op. cit. Página 71. Em todos os casos as qualificações ditas internacionais são integradas na legislação nacional. Ainda recentemente foram instituídas novas Câmaras Especiais para o Kosovo: <https://www.scp-ks.org/en>

¹⁷ O Tribunal é competente para julgar outros crimes contra a humanidade, o genocídio ou os crimes de guerra, os homicídios, os abusos sexuais ou a tortura cometidos em Timor entre 1 de janeiro e 25 de outubro de 1999.

¹⁸ Neste âmbito, sublinha-se *“Les originalités (de ce tribunal) que li distinguent des institutions cousines”*: E. DAVID *“Éléments de droit international et européen”*, op. cit., página 922. Note-se, porém, que o terrorismo figurava no primeiro projecto de Código Penal internacional permanente: M. DELMAS-MARTY, *“Débat entre universalisme et relativisme des valeurs”*, in A. CASSESE, M.

Unidas realizou o primeiro estudo sobre o terrorismo internacional em 1972, a comunidade internacional não pôde chegar a uma definição universalmente aceite daquilo que é "terrorismo internacional". Nem tão-pouco conseguiu chegar a um consenso suficiente sobre as medidas necessárias para prevenir e reprimir as manifestações prejudiciais dos atos de violência terrorista. Sem prejuízo do seguimento dado a esta questão pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e até que se chegue a uma definição universalmente aceitável de terrorismo internacional, a comunidade internacional tem vindo a trabalhar tendo em vista caracterizar os comportamentos que a mesma julga inaceitáveis e que exigem a aplicação de medidas preventivas e coercivas eficazes que sejam conformes aos princípios estabelecidos no direito internacional.¹⁹²⁰

O primeiro elemento que permite delimitar as competências e particularmente a competência internacional ou internacionalizada reside no bem jurídico protegido pela infração. Com efeito, a legitimidade de uma justiça internacional reside *a priori* na defesa de um interesse internacional, e portanto na proteção de uma ordem pública internacional. Outra conclusão que se pode retirar nesta matéria é que as infrações que constituem a essência do sistema internacional são sistematicamente construídas a partir do conceito de dignidade da pessoa humana: são os casos dos crimes contra a humanidade e as violações graves do direito internacional humanitário que se traduzem na concretização de atos contra a humanidade e o genocídio²¹. A

DELMAS-MARTY (diret.) *"Crimes internationaux et juridictions internationales"*, Paris, PUF, 2002, página 61

¹⁹ Vd. Oitavo Congresso das Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-CoopInt-TerrorismoInt-LXXX.html>. O último estudo das Nações Unidas reporta-se à revisão da estratégia internacional de combate contra o terrorismo, de 29.06.2012, disponível in: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/282

²⁰ Lista dos instrumentos jurídicos da ONU sobre o terrorismo: <http://www.un.org/en/counterterrorism/legal-instruments.shtml> e estratégia global da ONU na luta contra o terrorismo: <https://www.un.org/counterterrorism/ctittf/un-global-counterterrorism-strategy>

²¹ O qual significa a exterminação sistemática de pessoas tendo como principal motivação as diferenças de nacionalidade, raça, religião e, principalmente, diferenças étnicas. É uma prática que visa eliminar minorias étnicas em determinada região/país/Estado. A palavra genocídio é derivada do grego "genos" que significa "raça", "tribo" ou "nação" e do termo de raiz latina "-cida" que significa "matar". O conceito foi criado por Raphael Lemkin, um judeu polaco, jurista e que foi conselheiro no Departamento de Guerra dos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial. A tentativa de extermínio total do povo judeu pelos nazistas (Holocausto) foi um motivo forte que

referência ao conceito de dignidade da pessoa humana está sistematicamente presente na jurisprudência dos tribunais penais internacionais. Com efeito, é com base neste conceito que as jurisdições *ad hoc* têm entendido a sua competência material para além dos seus Estatutos, como são os casos *i*) Furunduzija, do Tribunal Penal para a Ex-Jugoslávia (TPeJ), datado de 1998, o qual considerou que a penetração oral constitui uma dimensão que atenta contra a dignidade da pessoa humana, e que resulta, em consequência, de um ato particularmente humilhante e degradante²², *ii*) Aleksovski, do TPeJ, datado de 1999, segundo o qual, os crimes contra a humanidade devem ser definidos por referência à noção de tratamentos desumanos e degradantes na interpretação dada aos mesmos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Humanos) (TEDH), ou seja por referência às disposições que protegem a dignidade da pessoa humana²³. Tal entendimento permite compreender a definição de crime contra a humanidade que é subscrita pelo Estatuto de Roma, o qual estipula que este crime pode ser realizado por atos que não se encontram definidos no Estatuto, desde que o ato desumano seja acompanhado de uma gravidade comparável aos descritos anteriormente²⁴. Outro caso que se destacou nesta matéria é o *iii*) Tadic, do TPeJ, datado de

levou Lemkin a lutar por leis que punissem a prática de genocídio. A palavra passou a ser usada após 1944. O genocídio é muitas vezes iniciado graças a sentimentos de xenofobia e consiste na intenção de eliminar totalmente ou uma parte um grupo ou comunidade com a mesma característica étnica, racial, religiosa ou social. Também são consideradas como genocídios práticas como: ataque grave à integridade física ou psíquica de elementos desse grupo; forçar essas pessoas a viverem em condições desumanas que podem causar a sua morte; transição forçada de crianças desse grupo para outro grupo. Em dezembro de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas definiu medidas de prevenção e repressão do genocídio através da Resolução 260 A (III).

²² TPeJ (Câmara, 1.ª instância), 10.12.1998, comentário ao acórdão: “*Les grands arrêts du droit pénal international*”, préc, páginas 195 e ss.

²³ TPeJ (Câmara, 1.ª instância), 25.06.1999, citado por R. KOERING-JOULIN, “*Droits fondamentaux et droit pénal international*”, disponível em: <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/drtsfond/koering.pdf>

²⁴ Vd. Art.º 7.º do Estatuto de Roma, última alínea: este método construtivo de interpretação pode entrar naturalmente em conflito com o princípio de legalidade criminal e o seu corolário, numa interpretação estrita da lei penal. Ele permite sublinhar que a natureza das infrações é primordial dentro da repartição do espaço sancionatório. Este conflito entre princípio da legalidade criminal e interpretação construtiva de direito internacional está latente nos Estados e foi resolvido em benefício do segundo pois o art.º 22.º do Estatuto de Roma, mais concretamente os artigos 7.º, n.º2 da CEDH e 49.º, n.º2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os quais rejeitam o argumento de dano criminal quando a legalidade é contrária aos princípios gerais das nações civilizadas.

1995, segundo o qual, na matéria referente ao direito ao juiz nacional, a divisão de jurisdição sancionatória entre juízes nacionais e internacionais não interessa à soberania dos Estados²⁵, de modo que possa ser discutido pela pessoa que deseje fazer valer o direito ao tribunal nacional, um direito ao juiz natural, se preferirem²⁶. Em resumo, se a violação das regras de competência podem naturalmente ser invocadas pelos particulares, a legitimidade destes, pelo menos no que diz respeito às infrações em que está em causa a ordem internacional, não pode ser questionada.

II.b A atribuição da jurisdição sancionatória fundada na gravidade da infração

O segundo critério de atribuição da jurisdição sancionatória reside na gravidade do crime. O conteúdo e alcance desta condição devem ser precisos, tanto mais que este requisito poderá ser ineficaz quando estamos na presença de infrações de idêntica gravidade. Este conceito aparece nos preâmbulos dos Estatutos do TPeJ e do TPI que atribuem a sua competência ao direito humanitário²⁷, como de resto sucede nos textos fundadores da pluralidade das jurisdições penais internacionais.

A diferença consagrada pelo Estatuto de Roma entre a gravidade abstrata da infração e a gravidade concreta do caso em análise é particularmente útil à reflexão sobre a atribuição da jurisdição sancionatória. Na verdade, as infrações visadas pelos Estatutos das jurisdições

²⁵ De acordo com Nuno Severiano Teixeira, in “*Quem Governa o Mundo?*”, artigo Revista XXI, Fundação Francisco Manuel dos Santos, n.º 6, Jan/Junho, 2016, página 11, “*A cena internacional é, hoje, atravessada por uma dupla lógica em que agem, em simultâneo, duas dinâmicas paralelas e contraditórias: a dinâmica de Vestfália e a dinâmica da Globalização. A primeira, estatocêntrica, assenta nos Estados e suas relações e opera segundo uma lógica interestatal. A segunda, pelo contrário, atravessa, transcende e muitas vezes subverte as fronteiras dos Estados e opera segundo uma lógica transnacional. A questão central para o futuro da ordem internacional: como conciliar estas duas lógicas contraditórias? Como articular o movimento de Globalização com o sistema de Vestfália.*”

²⁶ TPeJ (Camãra 1.ª instância, instância II), 10.08.1995: “*En tout état de cause, l'accusé n'étant pas un état, manque du locus satndi pour soulever la question de la primauté, qui fait valor qu'il est porté atteinte à la souveraineté d'un État, un argumente que seul un État peut invoquer ou auquel il peut seul renoncer et un droit dans la cadre duquel, clairement, l'accusé ne peut pas se substituer à l'État.*”

²⁷ Estatuto TPeJ, preâmbulo e art.º 1.º; Estatuto TPI, art.º 1.º

internacionais ou internacionalizadas são, por natureza, graves, na realidade as mais graves, sendo legítimo concluir que qualquer conduta que preencha essa definição deverá ser demandada ou julgada na jurisdição internacional. Se a gravidade concreta do caso constituiu um critério de atribuição da jurisdição sancionatória, faltarão determinar a forma como essa gravidade deve ser apreciada²⁸. Uma decisão da primeira Câmara preliminar do TPI²⁹ tentou sistematizar os critérios que permitem definir a gravidade do caso, fundada em três elementos: *i*) o seu carácter sistemático ou de grande escala, e particularmente, o número de vítimas envolvidas, causando, por essa via, uma indignação especial à comunidade internacional; *ii*) o grau de responsabilidade dos autores dos crimes e, finalmente, *iii*) o papel de direção destes últimos. Esta análise foi entretanto afastada, por várias razões³⁰. Em primeiro lugar, na definição de crime contra a humanidade – na aceção de ataque generalizado ou sistemático – era suscetível de colocar em causa a competência do TPI para outros crimes em contradição com o Estatuto de Roma. Por outro lado, os crimes de guerra ou o genocídio, contrariamente aos crimes contra a humanidade, não exigem, para a sua consumação, qualquer ataque generalizado ou sistemático, pelo que adotar tal requisito, limitaria a competência material do Tribunal. Em última instância, conceber a gravidade do caso de acordo com o carácter geral ou sistemático do ataque poderia conduzir a uma confusão entre as questões de competência e admissibilidade³¹.

Nesta matéria merece também realce o facto do gabinete do Procurador-Geral junto do TPI ter poderes para determinar a gravidade de

²⁸ “*Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*”, Project, outubro 2010, A Haia, n.º 51 e ss.

²⁹ Decisão de 24.02.2006 relativa à situação na República Democrática do Congo, TPI-01/04-01/06-8-Corr-tFr 17.03.2006

³⁰ TPI-01/04, recurso 13.07.2006, publicado em 23.09.2008

³¹ Neste sentido, ICC-01/04, de 13.07.2006, n.º 70: “*En exigeant un comportement systématique ou commis à grande échelle, La Chambre préliminaire introduit, à la phase de la procédure portant sur la recevabilité, des conditions estompant de fait la distinction entre les éléments déclenchant la compétence de la Cour à l’égard des crimes de guerre et à l’égard des crimes contre l’Humanité, éléments qui avaient été adoptés lors de la définition des crimes relevant de la Cour*”.

um caso tendo em consideração a natureza, o modo de realização e o impacto do crime³².

III. A atribuição da jurisdição sancionatória em função do autor da infração

Pondo de lado o elemento objetivo analisado anteriormente, a atribuição da jurisdição sancionatória passa também pelo elemento subjetivo, ou seja pelo autor da infração. Na verdade, o grau de responsabilidade ou a qualidade dos autores da infração influenciam de uma maneira ou de outra a seleção do juiz competente e correlativamente, a atribuição de jurisdição.

III.a A atribuição da jurisdição sancionatória fundada no grau de responsabilidade

O grau de responsabilidade foi eleito como critério de atribuição da jurisdição sancionatória no artigo 1.º do Estatuto do Tribunal Especial para a Serra Leoa³³, bem como pelo Estatuto das Câmaras extraordinárias para o Camboja³⁴. Por sua vez, o Estatuto do TPI não prevê o grau de responsabilidade como critério de competência ou admissibilidade do caso. Um critério a considerar será o juiz nacional dar, naturalmente, prioridade ao conhecimento das infrações cometidas no seu território³⁵. Situação diversa é

³² Op. cit., n.º 67 e ss.

³³ Dispõe este artigo: "*Il est créé un Tribunal spécial pour la Sierra Leone charge de poursuivre les personnes qui portent la responsabilité la plus lourde des violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commis sur le territoire de la Sierra Leone depuis de 30 novembre 1996*".

³⁴ O acordo referente à perseguição dos Khmers vermelhos visa os dirigentes do Camboja democrático e os principais responsáveis. Acerca deste ponto: A.-C. MARTINEAU, "*Les juridictions pénales internationalisées. Un nouveau modele de justice hybride?*", op. cit., páginas 89 e ss.

³⁵ A jurisdição portuguesa encontra-se delimitada pela aplicabilidade da nossa lei penal. É admissível o julgamento de cidadãos portugueses ou estrangeiros por factos praticados no território português, mas também no estrangeiro nos termos previstos no CP (artigos 4.º a 7.º) ou legislação avulsa (v.g. lei do terrorismo – artigo 8.º Lei 52/03, lei de tráfico de estupefacientes – artigo 49.º DL 15/93, crimes de violação do direito internacional humanitário – artigo 5.º Lei 31/04, lei de proteção de dados - artigo 4.º/3 Lei 67/98). Concluindo-se pela subsunção nas normas penais que permitem "convocar" a lei penal portuguesa o tribunal português será internacionalmente competente. Se assim for os intervenientes processuais serão legitimamente submetidos aos ditames do processo

admitir a intervenção do Tribunal internacional, em caso de carência ou de declinação de competência por parte das autoridades nacionais, devendo centrar-se sobre os seus principais responsáveis. A competência do TPI pode assim resultar do facto de um Estado submeter o caso ao juiz internacional, por entender que este último está em melhor posição para assegurar essa tarefa, densificando assim o conceito de “complementaridade positiva”³⁶.

Nesta matéria assume particular relevância o critério de determinar os principais responsáveis da infração e assim, atribuir à jurisdição internacional o julgamento dos autores/pessoas principais, sendo certo que o conceito de “principal responsável” nunca foi objeto de uma definição rigorosa.

Por outro lado, o TPI já decidiu que será importante apurar, dentro da infração, o incitamento, a planificação, o financiamento, a conclusão por parte de grupos criminosos, ou qualquer outra forma de contribuição à organização da violência, os quais constituiriam os elementos a definir para estabelecer a gravidade dos factos, e por consequência de justificar a sua intervenção³⁷.

A mesma conclusão se impõe relativamente à qualidade dos autores/responsáveis pelas infrações, pois esta qualidade pode igualmente ser utilizada na atribuição de jurisdição sancionatória nacional, internacional ou internacionalizável.

penal nacional sem que isso impeça que em determinadas situações a decisão final se socorra da legislação substantiva do país de origem do arguido (cfr. artigo 6.º, n.º 2 CP “o facto é julgado segundo a lei do país em que tiver sido praticado sempre que esta seja concretamente mais favorável ao agente. A pena aplicável é convertida naquela que lhe corresponder no sistema português, ou, não havendo correspondência direta, naquela que a lei portuguesa prever para o facto”). Por outro lado, mesmo existindo competência internacional e reunidas as condições legais para um cidadão ser “submetido” ao processo penal português, a sua instauração ou a continuação pode ser delegado num Estado estrangeiro que o aceite, verificando-se os pressupostos previstos na Lei de cooperação judiciária em matéria penal (artigos 89.º a 93.º)

³⁶ Acerca do conceito: “Document de politique général relatif aux examens préliminaire”, pré, n.º 93 e ss. O número 95 do documento refere: “Dans certaines circonstances, le Bureau et l’État concerne peuvent convenir que des procédures devant la CPI constituent la solution la plus efficace pour défendre les objectifs du Préambule et, partant, décider d’un “partage des tâches” dans lequel la Cour poursuivrait les personnes portant la responsabilité la plus lourde pour les crimes les plus graves”.

³⁷ TPI (Câmara Preliminar II), 31.03.2010, Situação na República do Quênia, TPI 01/09 § 198

III.b A atribuição da jurisdição sancionatória fundada na qualidade dos responsáveis

O grau de responsabilidade, a qualidade dos responsáveis e particularmente a relação desses responsáveis com o poder do Estado, para além de constituírem critérios de competência, funcionam também como critérios de seleção do juiz competente. Com efeito, a referência à qualidade do autor assume um carácter normal na escolha do juiz competente.

De qualquer forma, a análise que define como principal critério de atribuição da jurisdição penal fundado na qualidade do autor da infração, pode, em certa medida, prejudicar a perseguição dos mesmos. Com efeito, se o sistema de justiça internacional tem por desiderato principal o combate à impunidade, agindo e lutando contra as impunidades mais impactantes, como são os casos daqueles que praticam as infrações como representantes dos Estados, o que não pode suceder é que as imunidades resultantes de conflitos de jurisdição sirvam como obstáculo a que os juízes nacionais exerçam uma competência universal mesmo na presença de crimes ditos internacionais por natureza³⁸. Daqui decorre que a qualidade de dirigente ou de representante do Estado não constitui mais, salvo hipótese particular de agressão, um elemento constitutivo de infração universal³⁹.

IV. O reconhecimento mútuo: um modelo auto-suficiente de cooperação judiciária na União Europeia

Este tema assume particular relevância, na medida em que se procurará responder à questão/afirmação do reconhecimento mútuo como o método central de cooperação judiciária penal na União Europeia (UE). Mas

³⁸ TJUE, 14.02.2002, caso do mandado de detenção sobre a República democrática do Congo, RDP 2002, página 425, nota de G. Weckel, Cas. Crim., 13.03.2001, caso Kadhafi, D., 2001, Jur., página 2633. O relatório defende que as imunidades dos Chefes de Estado em exercício não podem ser um obstáculo ao Tribunal Penal Internacional: TPI (Câmara preliminar I), 13.12.2011, TPI-02/05-01/09

³⁹ O artigo 7.º, n.º2, alínea a) do Estatuto de Roma refere que os requisitos de definição do crime contra a humanidade são particularmente claros, pois é mencionado que: *"Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política;*

responder a esta questão passará, inevitavelmente, por reconhecer, *a priori*, que o reconhecimento mútuo é um verdadeiro modelo de cooperação judiciária penal⁴⁰. Por cooperação judiciária internacional em matéria penal, deverá ser entendido a execução por parte do Estado requerido de medidas apropriadas à prossecução e repressão das infrações penais do Estado requerente, a pedido deste. A cooperação é *judiciária*, porque se baseia num procedimento penal pendente no Estado requerente; é *internacional* porque envolve relações entre Estados, requerente e requerido, e é *penal* porque visa facilitar a repressão das infrações de direito penal material⁴¹. Como pressuposto, a cooperação judiciária é sustentada por objetivos e imperativos específicos na construção europeia, que são a definição do espaço judiciário europeu⁴² e a livre circulação das decisões europeias entre os juízes nacionais⁴³. Em síntese, o modelo de cooperação judiciária europeia é um modelo que materializa o processo de integração europeu.

A matéria do reconhecimento mútuo de decisões judiciais assumiu um protagonismo ímpar no espaço judicial da UE. A ideia subjacente é a de que apesar de outro Estado poder não tratar determinada matéria da mesma forma, ou até de forma semelhante, os resultados devem ser tais, que possam ser aceites como equivalentes à decisão de um certo Estado⁴⁴⁵.

Como é consabido, o Tratado de Lisboa consolidou e deu enquadramento legal a uma intensa evolução legislativa através de Decisões-

⁴⁰ No âmbito do direito internacional e em particular no direito europeu não existe um Tratado ou convenção que regule a cooperação internacional em matéria penal. Para estudo, conhecimento dos instrumentos legais e da cooperação judiciária internacional em matéria penal, R. ZIMMERMANN, *“La coopération judiciaire internationale en matière pénale”*, terceira edição, LGDJ

⁴¹ R. ZIMMERMANN, *“La coopération judiciaire internationale en matière pénale”*, terceira edição, LGDJ, páginas 5 e 6

⁴² V. H. LABAYLE, *“Un espace de liberté, de sécurité et de justice”*, RTD eur., outubro/dezembro 1997, páginas 107 e ss.

⁴³ A livre circulação apresenta-se como um princípio estrutural da construção europeia. V. D. SIMON, *“Le système juridique communautaire”*, PUF, 2001, em particular página 86

⁴⁴ Vd. artigo *“O Princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia”*, Prof. Dra. Maria Fernanda Palma, *“Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”*, Coimbra Editora, 2014, páginas 11 e ss

⁴⁵ Comunicação de 26.07.2000 da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: *“While another state may not deal with a certain matter in the same or even a similar way as one’s own state, the results will be such that they are accepted as equivalent to decisions by one’s own state.”*

Quadro (DQ) baseadas no princípio do reconhecimento mútuo, consagrado no Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999, como sendo uma pedra angular na cooperação em matéria penal (vd. capítulo VI das Conclusões - 33 a 37)⁴⁶.

O reconhecimento mútuo tem como consequência o reforço da coordenação entre os juízes nacionais dentro de um objetivo comum de eficácia do sistema penal.

Ainda assim, impõe-se determinar se o reconhecimento mútuo é auto-suficiente dentro da cooperação judiciária europeia. Para o efeito, identificam-se quatro questões: *i*) o método da harmonização encontra-se intrinsecamente ligado ao reconhecimento mútuo? *ii*) o reconhecimento mútuo baseia-se num mecanismo que ele próprio ou o princípio orientador se reporta a mecanismos judiciários já existentes?; *iii*) o reconhecimento mútuo na cooperação judiciária em matéria penal é responsável pelo aumento da lógica de rede nesta área?; *iv*) o reconhecimento mútuo fornece os elementos suficientes para alcançar um modelo europeu de cooperação judiciário em matéria penal?

O primeiro elemento que sobressai resulta dos textos europeus, ou seja, do direito primário, em concreto do Tratado modificativo de Lisboa, consagrando o princípio do reconhecimento mútuo⁴⁷. Esta “constitucionalização”, imposta pela dinâmica legislativa europeia da última década resultou da prática judiciária que sempre acreditou num novo mecanismo de circulação das decisões da justiça em matéria penal. O reconhecimento mútuo era assim consagrado como “*driving force*” ou “ *pierre angulaire*” do modelo europeu de cooperação judiciária.

O segundo elemento localiza-se dentro dos requisitos que estruturam o princípio do reconhecimento mútuo no domínio judiciário. O conceito (não jurídico) de confiança mútua a que fazem referência, de forma sistemática, as instituições europeias, quando abordam a cooperação judiciária, pode ser tido como um dos componentes do reconhecimento

⁴⁶ http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm

⁴⁷ TFUE, art.º 67.º, § 3 e 70 modificado pelo Tratado modificativo de Lisboa de 13.12.2007, em vigor desde 01.12.2009

mútuo⁴⁸. De qualquer forma, mesmo quem entenda que a confiança mútua não é uma componente direta do reconhecimento mútuo, deve sempre integrar a auto-suficiência que este princípio terá no modelo de cooperação judiciária penal.

A demonstração da força do reconhecimento mútuo no modelo de cooperação judiciária europeia repousa em factores intrínsecos mas também em factores extrínsecos, e dada a sua relevância, devem ser analisados.

IV.a Os fatores intrínsecos de um modelo auto-suficiente de cooperação judiciária na União Europeia

O campo de aplicação do princípio do reconhecimento mútuo foi aumentando ao longo dos anos, não deixando vaga qualquer matéria a que pudesse ser aplicado outro mecanismo de cooperação judiciária. Na verdade, a livre circulação das decisões foi estendida à matéria penal, o que ilustra bem a imagem de “nouveau crédo” da cooperação judiciária europeia.

IV.b A extensão do campo de aplicação do reconhecimento mútuo à cooperação judiciária penal

Toda e qualquer decisão penal pode ser objeto, sem qualquer limitação, de reconhecimento mútuo⁴⁹ no espaço judiciário da UE. O primeiro passo foi dado com o mandado de detenção europeu, com a exclusão da regra da dupla incriminação, razão pela qual, o campo de aplicação do novo modelo de cooperação judiciária é caracterizado por um verdadeiro afastamento do modelo clássico de direito penal internacional. Para o efeito foi criada um catálogo de mais de trinta categorias de infrações para as quais as decisões

⁴⁸ B. de LAMY. *“La confiance mutuelle comme fondement du mandat d’arrêt européen. Un peu, mais pas trop...pour l’instant”*, in Les droits et le droit, Mélanges B. Bouloc, Dalloz, 2007, páginas 559 e ss.

⁴⁹ Programa de Estocolmo – Uma Europa Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos [JOUE C 115 de 4.5.2010].

estrangeiras poderão circular livremente sem a verificação da dupla incriminação⁵⁰.

Por outro lado, o alargamento decorrente da adoção do conceito de “decisão de justiça” permitiu grandes avanços na definição do princípio do reconhecimento mútuo em matéria penal. Trata-se de um conceito amplo, que se aplica a todas as decisões⁵², tendo a virtualidade de definir o campo de aplicação do reconhecimento mútuo em matéria penal. Assim, neste âmbito, estão em causa decisões *pré-sentenciais*, *sentenciais* e *pós-sentenciais*⁵³. Esta nomenclatura, pese embora desprovida de técnica jurídica, permite ao princípio do reconhecimento mútuo ultrapassar as diferenças entre os sistemas nacionais dos Estados Membros (EM). Tal como noutras matérias, a neutralidade de conceitos é a primeira qualidade/característica utilizada no vocabulário europeu, mas constitui também o seu principal inconveniente, pela falta de rigor jurídico. Com efeito, se o objeto do reconhecimento mútuo foi corretamente definido, ainda assim, não foi suficientemente caracterizado tendo por base a noção de ato jurisdicional apto a produzir as consequências jurídicas visadas pelo modo de circulação das decisões de justiça⁵⁴. Os atos jurisdicionais traduzidos na aplicação do direito pelo juiz a uma situação concreta abrangem quer as decisões de fundo/mérito quer as

⁵⁰ Art.º 2.º da DQ referente ao MDE; art.º 3.º da DQ de 22.07.2003 relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de elementos de prova; art.º 5.º da DQ sobre as sanções pecuniárias

⁵¹ Existem contudo alguns riscos nesta matéria, sendo apresentado na doutrina o exemplo de um juiz francês poder executar um mandado de detenção europeu que tem na base uma decisão de condenação sobre um aborto ocorrido na Irlanda, qualificando o mesmo como homicídio, sendo que em França não são factos punidos, devendo ser recordado o facto que, embora o aborto seja punido na Irlanda, nenhuma mulher foi perseguida criminalmente nos últimos cinquenta anos por ter cometido esse acto na Irlanda, este exemplo sublinha perfeitamente a oportunidade das black list preservarem as especificidades dos Estados Membros por forma a assegurar um campo de aplicação muito amplo por parte do reconhecimento mútuo – in G. TAUPIAC-NOUVEL: “*La reconnaissance mutuelle: un modele “auto-suffisant” de coopération judiciaire dans l’Union Européenne?*”, páginas 130 e ss.

⁵² Ver definição de “Decisão”, in Dicionário jurídico, Volume II, Direito Penal e Direito Processual Penal, de Ana PRATA, Catarina VEIGA e José Manuel VILALONGA, Almedina, página 145 ou “*Décision*”, in G. CORNU, Vocabulaire juridique, Assoc. H. Capitant

⁵³ Programa de medidas destinadas à aplicação do reconhecimento mútuo das decisões penais, JOUE C 12, 15.01.2011, páginas 10-22

⁵⁴ A. HUET, “*Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale*”, J.-Cl. Intern., Fasc. 584-30 e 584-31.

decisões de forma/processuais⁵⁵. As decisões que não decidem de fundo⁵⁶ têm o mesmo valor, pressupondo apenas que se encontrem transitadas em julgado⁵⁷.

IV.c A técnica jurídica inovadora do novo mecanismo de cooperação judiciária europeia

O princípio do reconhecimento mútuo veio consagrar em direito penal a livre circulação das decisões da justiça. Para densificar esta possibilidade, as decisões penais circulam mediante o recurso a um certificado ou formulário, comum a todos os EM. Estes instrumentos funcionam como passaportes da decisão da justiça⁵⁸, implicando que o Estado de emissão controle certos requisitos que visam a autenticação da decisão da justiça na UE. Por outro lado, os Estados de execução não podem controlar as condições de validade internacional das decisões estrangeiras. Isto constitui um avanço enorme, pois, como é consabido, em direito penal internacional, não existem regras, sejam elas convencionais ou nacionais, ou mecanismos que permitam o reconhecimento ou execução de uma decisão penal estrangeira⁵⁹. Na verdade, fora do espaço penal da UE, a extradição permanece como um procedimento híbrido, de carácter essencialmente administrativo⁶⁰. Já no que concerne ao auxílio judiciário mútuo *stricto sensu*, o qual abrange as cartas rogatórias internacionais, não se exige como pré-requisito a existência de uma decisão de justiça nacional. Em direito penal internacional esta eficácia extraterritorial não se encontra consagrada, sendo poucas as convenções que

⁵⁵ V. not. S. GUINCHARD e J. BUISSON, *Procédure Pénale*, 6.ª edição, Litec, 2010, páginas 1431 e ss.

⁵⁶ Aqui abrangendo as decisões proferidas antes da sentença/acórdão final, mormente as decisões de aplicação de medidas de coação

⁵⁷ Comunicação da Comissão ao conselho e ao Parlamento Europeu, “reconhecimento mútuo das decisões finais em matéria penal” – COM/2000/0495 final, § 3.2

⁵⁸ D. SORASIO, “Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération”, in G. de KERCHOVE e A. Weyembergh (dir.), “L’espace penal européen: enjeux et perspectives”, Bruxelles, ULB, cool. “IEE”, 2002, página 290

⁵⁹ C. LOMBOIS, “Commentaire de l’avant-projet définitif de révision du Code Pénal. Le droit pénal international”, RID pén. 1980, páginas 55 e ss.

⁶⁰ GARRAUD, “Traité théorique et pratique de droit pénal français”, 3.ª ed., to. I, Sirey, página 430

permitem a execução ou o reconhecimento das decisões estrangeiras⁶¹. Donde resulta a não existência de um mecanismo que assegure, em direito penal internacional, a circulação das decisões penais estrangeiras⁶².

A configuração da cooperação judiciária penal clássica assenta em dois eixos fundamentais, a soberania e a territorialidade. Para fazer face a um espaço judiciário europeu sem fronteiras internas, a UE teve de criar um mecanismo que permitisse a livre circulação das decisões da justiça⁶³, assim densificando o processo de integração europeia. Nesta conceção e como sucede aliás nos processos dos mandados de detenção europeu, o juiz nacional do EM de execução, não deverá analisar a conformidade da decisão estrangeira com a sua ordem legal, pois, pressupõe-se que tal controle já foi feito pelo EM de emissão, mas sim assegurar unicamente que tal decisão respeita os valores comuns dos EM, erigidos como regras do espaço penal europeu⁶⁴. Note-se, contudo, que a proteção dos direitos fundamentais constitui o problema central no modelo de cooperação judiciária baseado na livre circulação de decisões penais⁶⁵.

Nesta matéria assumiu particular destaque o Programa de Haia, aprovado pelo Conselho Europeu de 4 e 5 de novembro de 2004, dos quais se destacavam os seguintes instrumentos: mandado de detenção europeu; reconhecimento mútuo de sanções pecuniárias, mandado europeu de obtenção de provas, ordem europeia de execução (transferência de pessoas condenadas); reconhecimento mútuo de medidas de coação não detentivas e reconhecimento e supervisão de sanções alternativas à pena de prisão e

⁶¹ O exemplo mais pertinente, mas de sucesso isolado, reside na Convenção do Conselho da Europa de 21.03.1983 sobre as transferências de pessoas condenadas de 21.03.1983

⁶² C. Lombois, *Droit pénal international*, 2.^a edição, op. cit., página 7

⁶³ Neste sentido, M. MASSÉ: *“La reconnaissance mutuelle”*, in C. LAZERGES (dir.), *“Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne”*, Colóquio de janeiro de 2011.

⁶⁴ Neste sentido: V. P. BEAUVAIS: *“L’apport du mandat d’arrete européen à la coopération pénale internationale”*, in *Coopération judiciaire internationale et européenne, Extradition et mandat d’arrêt européen*, Colloque, Gaz. Pal., 7 e 9 de Setembro de 2008, páginas 15 e ss.

⁶⁵ Livro verde da Comissão de 19.02.2003 sobre as garantias processuais dos *suspeitos e arguidos em procedimentos penais* na União Europeia, COM/2003/75

suspensão da condenação (*probation*), isto é, de penas suspensas e regime de prova⁶⁶.

No que concerne aos instrumentos relativos a decisões *pre e post* sentenciais, destacavam-se: *i*) a DQ 2009/829/JAI do Conselho, de 23.10.2009, relativa à aplicação, entre os Estados Membros da União Europeia, do princípio do reconhecimento mútuo às decisões sobre controlo, em alternativa à medida de prisão, também conhecida como ESO (*European Supervision Order*) e Decisão Europeia de Controlo Judicial⁶⁷; *ii*) a DQ n.º 2008/947/JAI do Conselho, de 27.11.2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças e decisões respeitantes à liberdade condicional para efeitos de fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas, também conhecida como “*Probation*”⁶⁹ e *iii*) a DQ n.º 2008/909/JAI, de 27.11.2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sentenças em matéria penal que imponham penas ou outras medidas privativas de liberdade para efeitos de execução dessas sentenças na União Europeia⁷⁰.

Por sua vez, o quadro legal estabelecido pelo Conselho da Europa anterior às DQ era composto:

i) Convenção para a vigilância de pessoas condenadas, ou libertadas, em liberdade condicional, de 30.11.1964, que entrou em vigor em 22.08.1975

⁶⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l16002>

⁶⁷ Publicada no JOUE, L 294/20

⁶⁸ Nesta matéria, ver de forma pormenorizada “DECISÃO QUADRO 2009/829/JAI, DO CONSELHO, DE 23 DE OUTUBRO DE 2009, RELATIVA À APLICAÇÃO, ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA, DO PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO ÀS DECISÕES SOBRE MEDIDAS DE CONTROLO, EM ALTERNATIVA À PRISÃO PREVENTIVA”, Procurador-Geral Adjunto Dr. Jorge Costa, JULGAR, n.º 17

⁶⁹ Publicada no JOUE, L, 337, de 16.12.2008

⁷⁰ Publicada no JOUE, L, 327, de 05.12.2008

⁷¹ Nesta matéria dos instrumentos relativos a decisões *pre e post* sentenciais, seu enquadramento histórico, considerações gerais e explicação dos articulados, ver de forma pormenorizada: “Os instrumentos da União Europeia em matéria de reconhecimento de decisões *pré e Post* sentenciais”, Procurador-Geral Adjunto Dr. Jorge Costa, “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”, Coimbra Editora, 2014, páginas 365 e ss ou ainda “Uma outra face da Justiça europeia: as iniciativas sobre o reconhecimento e fiscalização de penas suspensas, sanções alternativas e condenações condicionais e sobre a decisão europeia de controlo judicial”, Procurador-Geral Adjunto Dr. Jorge Costa, O Direito. Lisboa. A 140, n.º 5 (2008), páginas 1087 e ss., Cota:RP-270

ii) Convenção Europeia Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, de 21.03.1983 e respectivo Protocolo Adicional, de 18.12.1997, que entrou em vigor em 01.06.2000 e foi ratificado por 16 Estados membros do Conselho da Europa

iii) Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais, de 28.05.1970

iv) Título III, capítulo 5, da Convenção, de 19.06.1990, de Aplicação do Acordo de Schengen de 14.06.1985, relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns

v) Convenção entre os Estados membros das Comunidades Europeias relativa à Execução de Condenações Penais Estrangeiras, de 13.11.1991.

Em síntese, o objetivo da Convenção sobre liberdade condicional era que as pessoas pudessem abandonar o território do país e que se tivesse transitado a sentença que impusera uma pena em regime de liberdade condicional e estabelecesse a sua residência num outro EM, com vigilância adequada por parte das autoridades competentes. Baseava-se numa solução de consenso, ou seja, só podia haver transferência de uma pessoa condenada mediante consentimento desta e com o acordo dos Estados interessados. Prevalencia ainda o princípio da reciprocidade, ou seja, na prática só mediante o expresse consentimento pelos Estados Partes sobre alguns problemas particulares, se conseguia o reconhecimento das decisões, levando ainda à abolição do tradicional requisito da dupla incriminação, a referência à cláusula de ordem pública ou procedimento de “*exequatur*”⁷².

⁷² No caso português, no regime legal anterior à transposição das decisões quadro Ver: “COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL/ORIENTAÇÕES E NOTAS DE PROCEDIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO Ref: CJIMP/TRL v. 01, Maio de 2013”, Procurador-Geral Adjunto Dr. José Luís Lopes da Mota; “Revisão de sentenças penais estrangeiras”, Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Dr. António Henriques Gaspar, “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”, Coimbra Editora, 2014, páginas 343 e ss; “Revisão e confirmação de Sentença Penal Estrangeira”, Procurador-Geral Adjunto, Dr. Gilberto da Silva Seabra, 31.05.2004, disponível in:

http://www.pgdlisboa.pt/textos/tex_mostra_doc.php?nid=17&doc=files/tex_0017.html, e numa perspetiva mais dogmática, “A Harmonização dos sistemas penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro”, Inês Horta Pinto, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2013 e “O Direito Penal Europeu Emergente”, Prof. Dra. Anabela Miranda Rodrigues, Coimbra Editora, 2008 e após a transposição das DQ, ver artigo do Autor: “Os novos instrumentos

IV.d Os fatores extrínsecos do modelo “auto-suficiente” de cooperação judiciária na União Europeia

O reconhecimento mútuo das decisões da justiça, pela sua relevância, constitui uma verdadeira política da UE⁷³. Neste sentido, esta política consegue abranger elementos exteriores que, embora não façam parte da sua construção inicial, acabam por encontrar a sua razão de ser no reconhecimento mútuo. Tal é o caso da confiança mútua. De outro prisma, também a subsidiariedade do método de harmonização das legislações nacionais ou ainda o desenvolvimento do modelo de cooperação judiciária fazem parte do reconhecimento mútuo.

IV.e A subsidiariedade do método de harmonização das legislações nacionais

Em direito penal, malgrado a dificuldade em definir o conceito de harmonização⁷⁴, a doutrina maioritária considera este método como: “*consiste à établir entre les systèmes normatifs des analogies ou des similitudes en fonction d’un objectif concerté en éliminant celles de leurs divergences qui sont incompatibles*”⁷⁵, ou seja procura estabelecer entre os sistemas normativos analogias ou semelhanças num objetivo comum que visa eliminar as diferenças que são incompatíveis entre si.

As ligações entre o reconhecimento mútuo e a harmonização das legislações nacionais colocam-se a diversos níveis. Com efeito, e numa fase inicial, a essência normativa do princípio do reconhecimento mútuo visa

legislativos nacionais em matéria de reconhecimento mútuo de decisões penais pre e post sentenciais no âmbito da União Europeia”, Revista Julgar n.º 28, 2016

⁷³ Ver TFUE, art.º 70.º

⁷⁴ Ver S. MANACORDA, “La parabole de l’harmonisation pénale: à propos des dynamiques d’intégration normative relatives à l’organisation criminelle”, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH e U. SIEBER (dir.) “Les Chemins de l’harmonisation pénale”, Société de législation compare, coll. “UMR de droit compare de Paris”, vol. 15, 2008, páginas 269 e ss.

⁷⁵ A. WEYEMBERGH, “L’harmonisation des législations: conditions de l’espace penal européen et révélateur de ses tensions”, Bruxelles, ULB, coll. IEE, 2004, página 33

afastar toda e qualquer forma de harmonização das legislações nacionais⁷⁶. Numa fase mais avançada de desenvolvimento do processo de integração europeu no mercado interno, o relacionamento entre os dois métodos alterou-se de acordo com uma nova abordagem da construção europeia, a qual se baseia no conceito de aproximação sistemática das legislações nacionais para facilitar o reconhecimento mútuo⁷⁷. De outra forma, a harmonização passou a ser considerada em direito penal europeu como um processo de cooperação judiciária relevante⁷⁸, sustentada no objetivo comum de eliminar as diferenças existentes entre as ordens jurídicas nacionais a fim de facilitar a livre circulação das decisões penais⁷⁹. Ora, o reconhecimento mútuo respeita, em teoria, precisamente, as diferenças entre sistemas nacionais, tanto mais que abandonou a condição de dupla incriminação. Esta matéria teve também enquadramento na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, mediante a referência às “identidades constitucionais”⁸⁰, constituindo o limite/barreira inultrapassável a qualquer método europeu.

Outra distinção necessária é entre método principal e secundário ou acessório da cooperação judiciária europeia. O Tratado de Amesterdão avançou com uma configuração da harmonização como um método acessório⁸¹, a qual veio a ser confirmada pelo Tratado de Lisboa nos artigos 82.º, § 1 e 83.º, § 2 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Logo, a harmonização não é o método de cooperação judiciária limitado ao

⁷⁶ A. ALEMANNI, “Le principe de reconnaissance mutuelle au-delà du marché intérieur: phénomène d’exportation normative ou stratégie de “colonialisme” réglementaire?”. Revista dr. EU 2006/2, página 274

⁷⁷ Livro Branco da Comissão ao Conselho Europeu, “L’achèvement du Marché intérieur”, de 14.06.1985, COM/85/310 final. V. not. F. AUBRY-CAILLAUD, “Nouvelle approche et normalisation européenne en matière de libre circulations des marchandises”, Pedone, 1998, páginas 15 e ss.

⁷⁸ M. POELEMANS, “La sanction dans l’ordre juridique communautaire. Contribution à l’étude d’un système répressif de l’Union européenne”. LGDJ, 2004, página 331

⁷⁹ Livre verde sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na União Europeia

⁸⁰ Veja-se um exemplo recente no domínio judiciário, mesmo que não na área penal: TJUE, 22.12.2010, Llonka Sayn-Wittgensteins versus Landeshauptmann Von Wien, caso C-208/09

⁸¹ De acordo com os termos do art.º 31.º do Tratado, a harmonização não tem um papel a desempenhar na cooperação judiciária em matéria penal para além da “mesure nécessaire” ou para definir as regras mínimas, V. Ph LEGER (dir.), Commentaire article par article des Traités EU et CE, Helbong et Lichtenhahn, 2000.

nível europeu, mas sim um método complementar facultativo ao método principal do reconhecimento mútuo⁸². Por outro lado, e para que se fale verdadeiramente em “auto-suficiência” do método do reconhecimento mútuo, tal teria também de ser sustentado no método de harmonização *a minima*⁸³, ou seja, numa aproximação mínima das legislações dos EM. O efeito colateral do reconhecimento mútuo, descrito pelos autores como harmonização indireta⁸⁴, está claramente demonstrado na DQ de 2006 sobre os confiscos⁸⁵.

Em conclusão, ainda que a harmonização das legislações nacionais não seja uma componente ou sequer consequência do reconhecimento mútuo, acaba por constituir um fator exterior da auto-suficiência deste último. O desenvolvimento de mecanismos europeus de cooperação judiciária insere-se numa lógica similar.

IV.f O desenvolvimento dos mecanismos de cooperação judiciária

Após a alavancagem ocorrida em 1999⁸⁶, o reconhecimento mútuo passou a ser a “pedra basilar” da construção do espaço penal europeu. Para sedimentar esta construção surgiram vários organismos/instrumentos. Em primeiro lugar, a Eurojust⁸⁷, à qual foram dadas competências iniciais, depois consagradas no Tratado de Lisboa⁸⁸ permitindo o desenvolvimento do mecanismo de livre circulação das decisões penais. Cabe a este organismo europeu uma função de árbitro/facilitador na resolução dos conflitos entre

⁸² Contra, M. Masse, “Des figures asymétriques de l’internationalisation du droit pénal”, RCS 2006, página 757.

⁸³ Programa de Estocolmo – Uma Europa Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos [Jornal Oficial C 115 de 4.5.2010].

⁸⁴ G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA (dir.), “L’intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l’Union européenne”, op. cit.

⁸⁵ DQ n.º 2006/783/JAI, de 6.10.2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de confisco

⁸⁶ Com o Conselho Europeu de Tampere

⁸⁷ Decisão do Conselho de 28.02.2002, instituindo a Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade (JOUE, L n.º 63/1, de 06.03.2002)

⁸⁸ Art.º 85.º do TFUE

os EM⁸⁹, sempre numa perspectiva de tornar mais eficaz a livre circulação das decisões penais⁹⁰. Outros mecanismos relevantes são a Rede Judiciária Europeia (RJE)⁹¹, o sistema de Informação Schengen (SIS), baseado nos acordos Schengen⁹², ou mais recentemente, a criação de um sistema europeu sobre os registos criminais (ECRIS)^{93 94}.

V. Conclusão

A nova divisão da jurisdição sancionatória apela a uma reflexão sobre a repartição de competências no campo penal e na concorrência dos juízes, nas suas diferentes facetas, nacional, europeu e internacional, devendo os juízes estar preparados para este contexto complexo.

Com efeito, passamos de uma realidade iminentemente nacional, para um quadro naturalmente dividido em ordens penais diferenciadas: *i*) a jurisdição nacional, a qual continua a ser considerada com a “ordem jurídica natural”; *ii*) a jurisdição internacional, a qual corresponde, na sua essência, ao espaço penal ocupado pelas diferentes jurisdições internacionais; *iii*) um espaço ou ordem intermédia, de aparição mais recente, a qual se denominou de jurisdições penais híbridas. Esta última, igualmente conhecida como jurisdição de terceira geração ou de jurisdição mista, distingue-se das

⁸⁹ A falta de poder vinculativo das decisões da Eurojust continua a ser a crítica principal apontada a este organismo europeu de cooperação judiciária. V. not. N.L.C. THWAITES, “Eurojust: autre brique dans l’édifice de la coopération judiciaire en matière pénale on solide mortier?”, RCS 2003, página 60

⁹⁰ Neste sentido: D. FLORE: “D’un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne: Eurojust et l’émergence d’un système de justice pénale”, in G. de KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), L’espace penal européen: enjeux et perspectives, Bruxelles, ULB, cool “IEE”, 2002, páginas 9 e ss.

⁹¹ Acção Comum de 29 de junho de 1998 adoptado pelo Conselho sobre a base do art.º K.3 do TFUE referente à criação de uma Rede Judiciária Europeia 98/428/JAI, JOUE L 191, 7.07.1998, reforçada pela Decisão do Conselho de 16.12.2008 referente à mesma rede, 2008/976/JAI, JOUE L 348, 24.12.2008

⁹² Artigo 93.º da Convenção de Aplicação dos Acordos de Shengen de 19.06.1990

⁹³ DQ 2009/315/JAI de 26.02.2009 referente à organização e ao conteúdo das trocas de informações extraídas dos registos criminais entre os Estados Membros; Decisão do Conselho sobre os registos criminais (ECRIS), por aplicação do artigo 11.º da DQ n.º 2009/315/JAI, JOUE L 93, 07.04.2009

⁹⁴ Nesta matéria ver artigo do autor: “Cooperação Judiciária em Matéria Penal”, publicado na Revista Julgar n.º 13, 2011, Coimbra Editora

jurisdições internacionais, respondendo a lógicas internacionais de funcionamento e de organização distintas.

Esta reflexão passa, pela sua especial relevância, por duas áreas ou contextos distintos: *i*) no âmbito universal, a demanda por princípios/regras que possam orientar a distinção que terá de existir sobre os diferentes patamares e em segundo lugar, *ii*) no âmbito regional/europeu, pelo seu pioneirismo e vanguardismo, a análise do princípio do reconhecimento mútuo, “pedra angular” da cooperação judiciária em matéria penal na UE.

Por cooperação judiciária internacional em matéria penal, deverá ser entendido a execução por parte do Estado requerido de medidas apropriadas à prossecução e repressão das infrações penais do Estado requerente, a pedido deste. A cooperação é *judiciária*, porque se baseia num procedimento penal pendente no Estado requerente; é *internacional* porque envolve relações entre Estados, requerente e requerido, e é *penal* porque visa facilitar a repressão das infrações de direito penal material. Como pressuposto, a cooperação judiciária é sustentada por objetivos e imperativos específicos na construção europeia, que são a definição do espaço judiciário europeu e a livre circulação das decisões europeias entre as autoridades judiciárias nacionais. Em síntese, o modelo de cooperação judiciária europeia é um modelo de cooperação que materializa o processo de integração europeu.

O reconhecimento mútuo, pese embora alguns entraves ou entropias identificadas, constitui um modelo “auto-suficiente” de cooperação judiciária, cabendo às autoridades judiciárias nacionais, em concreto aos juízes nacionais, mediante a “confiança mútua” entre diferentes ordenamentos jurídicos, colaborarem na construção do espaço judiciário europeu em matéria penal.

Luís de Lemos Triunfante

Juiz de Direito

Mestre em Direito

Perito Nacional Destacado no Gabinete Português junto da Eurojust

Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 06 • Novembro 2016

