

A emergência de um «Direito Penal Europeu»

Questões urgentes de política criminal

Anabela Miranda Rodrigues¹

A construção de um espaço penal europeu é hoje marcada pela *aceleração*². É inegável o *impulso* que os atentados, em Nova Iorque, de 11 de Setembro de 2001, deram aos trabalhos conduzidos no âmbito do «terceiro pilar» do Tratado da União Europeia, colocando o tema da luta contra o terrorismo no centro dos debates travados neste *forum*³.

Não é que não se viesse progredindo nessa via⁴, tendo Maastricht e Amsterdão como pontos de referência: em Maastricht, integrando a cooperação em matéria de justiça e assuntos internos entre os Estados Membros das Comunidades Europeias no quadro da União Europeia; em Amsterdão, aprofundando a construção europeia, fazendo da cooperação, designadamente em matéria penal, um meio para realizar o *objectivo* claramente identificado de criação de um «espaço de liberdade, de segurança e de justiça». Nem se pode dizer que os instrumentos adoptados depois do 11 de Setembro têm todos a ver directamente com o terrorismo: se este é o caso da decisão-quadro relativa à luta contra o terrorismo⁵, o mesmo já não pode dizer-se da decisão relativa à criação da Eurojust⁶ e da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados membros⁷.

¹ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² Assim, M. Luisa Cesoni, «Droit pénal européen: une harmonisation périlleuse», *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 153; *vide*, também, Serge de Biolley, «Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous présidence belge», *L'espace pénal*, cit., p. 173.

³ Sobre isto, cfr. Anne Weyembergh, «L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité / liberté dans l'espace pénal européen», *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 153 s.

⁴ Neste sentido, Anne Weyembergh, *op. cit.*, *loc. cit.*; *id.*, «La coopération pénale européenne face au terrorisme: rupture ou continuité», *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, p. 289 s. Também, Serge de Biolley, *L'espace pénal*, cit., p. 171 e 172.

⁵ Decisão do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo (JOCE, n.º L 164, 22 de Junho de 2002, p. 3).

⁶ Decisão do Conselho, de 28 de Fevereiro de 2002, relativa à criação da Eurojust a fim de reforçar a luta contra as formas graves de criminalidade (JOCE, n.º L 63, 6 de Março de 2002, p. 1).

⁷ Decisão-quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados membros (JOCE, n.º L 190, 18 de Julho de 2002, p. 1).

O que não pode deixar de admitir-se e deve ser destacado é que, para além de criar um *consenso*⁸ sobre a importância da luta contra o terrorismo no âmbito da União Europeia, o «dia seguinte» aos atentados potenciou nos Estados membros a vontade de modernizar (ou dever-se-á dizer «ultrapassar»?) os meios tradicionais de cooperação e progredir na construção de um espaço penal europeu. Quer isto dizer que, apesar da coincidência cronológica com os acontecimentos do 11 de Setembro, a aprovação pelo Conselho das decisões-quadro já referidas relativas ao terrorismo e ao mandado de detenção europeu, na base de propostas da Comissão, não deve deixar de ser vista como o ponto de chegada lógico⁹ de um caminho feito no cumprimento de uma injunção contida no próprio Tratado de Amsterdão – onde pela primeira vez se fala na criação de um *espaço* europeu – e nas Conclusões do Conselho Europeu de Tampere.

A noção de espaço consagrada em Amsterdão modificou radicalmente a concepção de auxílio judiciário que os Estados membros se prestam mutuamente, baseada na ideia de que a soberania penal termina nos limites do seu território. Esta abordagem tradicional (ou clássica) do auxílio mútuo, baseada em relações de cooperação entre Estados soberanos, foi substituída por «relações de parceiros entre Estados membros de uma União»¹⁰. A terminologia utilizada nos instrumentos mais recentes ilustra bem esta mudança de perspectiva. Não se fala mais de «Estado-requerente» e de «Estado-requerido», mas de Estado «interceptor» e de Estado «notificado»¹¹ ou de Estado de «emissão» e de Estado de «execução»¹². Nem se fala mais de recusa de execução – o que implica a exigência de uma decisão de agir –, mas de «motivos de não execução»¹³ – o que sugere que se «acaba com o processo tradicional de validação», o «exequator» .

Quer isto dizer que o reconhecimento mútuo acaba com a distinção entre cooperação judiciária *primária* (um Estado executa ele próprio a decisão de uma autoridade estrangeira) e *secundária* (um Estado toma uma decisão a pedido de uma autoridade estrangeira)¹⁴, sendo o reconhecimento uma *alternativa* ao auxílio penal secundário¹⁵.

⁸ Assim, Anne Weyembergh, *Le droit international*, cit. p. 280.

⁹ Assim, Daniel Flore, «Le mandat d'arrêt européen: première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne», *Journal des Tribunaux*, 121e année, n.º 6050, 13 avril 2002, p. 273.

¹⁰ Assim Daniel Flore, «Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité», *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 118.

¹¹ Cfr. art. 20.º, n.º 2, Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados membros da União Europeia (ratificada pelo DPR n.º 53 / 2001 e aprovada para ratificação pela RAR n.º 63 / 2001, de 16. 10. 2001).

¹² Cfr., designadamente, arts. 2.º, n.º 2 e 3.º, decisão-quadro, de 13 de Julho de 2002.

¹³ Cfr. arts. 3.º e 4.º, decisão-quadro, de 13 de Julho de 2002.

¹⁴ Assim Emmanuel Barbe, «Le mandat d'arrêt européen: en tirera-t-on toutes les conséquences?», *L'espace pénal*, cit. p. 116 (que fala das noções de auxílio judiciário «primário» e «secundário» como sendo, agora, «obsoletas»).

¹⁵ Assim, Daniel Flore, *La reconnaissance mutuelle*, cit., p. 118.

O que se vem dizer¹⁶ é que, se os mais recentes desenvolvimentos demonstram que se está perante a *emergência* de um novo paradigma ao nível da justiça penal europeia – pela via do reconhecimento mútuo e da harmonização –, falta, mesmo depois de Amsterdão, um «pensamento» sobre o penal. Falta, dito de outro modo, o travejamento de uma política criminal europeia.

O que é inquietante, já que, desta forma, as diversas iniciativas surgem isoladas, sem enquadramento em um qualquer modelo de justiça penal europeia racionalmente concebido.

O *espaço* de liberdade, de segurança e de justiça é já, à luz do Tratado de Amsterdão, um «espaço comum». Que, entretanto, alimenta uma tensão muito viva entre abordagens *por objetivos* (abordagens isoladas) e uma abordagem *global*, tendo sido dada, até agora, prioridade à *cooperação* em detrimento de uma política criminal (mais) integrada.

O que há que salientar é que, pela via da harmonização e do reconhecimento mútuo, deu-se o sinal de uma vontade política de eliminar as fronteiras nacionais em matéria penal; e, assim, porventura, um «salto» qualitativo¹⁷, de uma cooperação interestadual para uma integração supraestadual. Qualquer dos dois sistemas referidos estão muito perto de pôr em prática um espaço «único» europeu, designadamente, o princípio do *território único*¹⁸.

Este processo de construção do espaço penal europeu desenvolve-se, contudo, na base de um consenso suposto e na ausência de um debate público e democrático em torno dos valores e dos meios adequados para os proteger, bem como sobre as competências e práticas de decisão. As peças de um *puzzle* são dispostas e tendem a tornar-se um sistema. É grande, pois, o risco de se ter como resultado um direito penal que não se escolheu consciente e deliberadamente¹⁹. E em relação ao qual a principal questão que se coloca é a de saber se resolve de maneira equilibrada a tensão entre «liberdade» e «segurança»²⁰. Tensão que, de

¹⁶ Salientando este aspecto das coisas, que aqui se põe em destaque, cfr., designadamente, Daniel Flore, «Une justice pénale européenne après Amsterdam», *Journal des tribunaux. Droit Européen*, 7e année, n.º 60, juin 1999, p. 121 s.; no mesmo sentido, a propósito da criação da Eurojust, cfr., do autor, «D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne: Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénal», *L'espace pénal*, cit., p. 9 s. e Maria Luisa Cesoni, *L'espace pénal*, cit., p. 153 s.

¹⁷ Assim, Daniel Flore, *Droit européen*, cit., p. 124.

¹⁸ Sobre o princípio do «território único» e das consequências daí decorrentes, Daniel Flore, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹ Nestes termos, Maria Luisa Cesoni, *L'espace pénal*, cit., p. 154.

²⁰ Chamam a atenção, de forma particular, para o conflito liberdade-segurança no espaço penal europeu, Serge de Biolley, *L'espace pénal*, cit., p. 169 s. e Anne Weyembergh, *Lutte*, cit., p. 151 s.; *id.*, «La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures: vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité?», *Revue belge de droit international*, Bruylant, Bruxelles, vol. XXXIII, 2000-2, p. 612 s. Em geral, sobre o equilíbrio entre liberdade e segurança sob o impacto da recente luta contra o terrorismo, cfr. os artigos de Kalliopi Koufa, «Le terrorisme et les droits de l'homme» e de Barbara Delcourt, «De quelques paradoxes liés à l'invocation de l'Etat et du droit», *Le droit international*, cit., respectivamente, p. 189 s. e 203 s.; e os artigos de Maurice Weyembergh, «Le terrorisme et les droits fondamentaux de la personne. Le problème», de Didier Bigo, «L'impact des mesures anti-terroristes sur l'équilibre entre liberté

resto, é imanente ao sistema penal e que hoje só é mais premente ou visível, dado o «clima» securitário ligado à actual sociedade «globalizada» e «de risco»²¹.

Considerada a inaptidão da cooperação judiciária clássica²² relativamente à realidade europeia actual, é sem dúvida um factor positivo o avanço que representa a adopção dos dois instrumentos, relativamente ao terrorismo e ao mandado de detenção europeu, claramente propícios ao revigoramento da construção do espaço penal europeu. Mas, ao mesmo tempo, eles «cristalizam»²³ a tensão que já era «latente»²⁴ entre «progressos em termos de transferência de soberania», em nome da segurança, e «perigo para os direitos fundamentais», do ponto de vista da liberdade.

Vem-se denunciando ao projecto da União Europeia, no domínio da justiça penal, o carácter «prioritariamente repressivo»²⁵, que faz «primar o objectivo da segurança sobre o da liberdade»²⁶. Exactamente porque falta uma «ideia» que dê coerência às diversas iniciativas, articuladas sobre a realização do princípio do reconhecimento mútuo e na perspectiva da harmonização.

O desafio colocado à construção penal europeia é, desde logo, ser ela capaz de se fazer no respeito e garantia dos direitos fundamentais. É significativo que no preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais se refira expressamente o espaço de «liberdade, de segurança e de justiça», pela sua natureza particularmente sensível em termos de direitos e liberdades fundamentais. E não é preciso lembrar que a sua garantia deve ser «real» e não «formal».

et sécurité et sur la cohésion sociale en France» e de Françoise Crépeau e Estibalitz Jimenez, «L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada», *Lutte*, cit., respectivamente, p. 11 s., 219 s. e 249 s. Vide, ainda, Sophie Body-Gendrot, *La société américaine après le 11 septembre*, Presses de Sciences Politiques, Paris, 2002, *passim*.

²¹ Afloramentos da crescente demanda de segurança na sociedade actual assinalam-se ao nível do direito penitenciário (cfr., Anabela Miranda Rodrigues, *Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão. Projecto de Proposta de lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2002, *passim*.) ou do direito processual penal (cfr. Anabela Miranda Rodrigues, «A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no 'admirável mundo novo'», *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, em curso de publicação). Sobre o tema da «sociedade de risco» vide Figueiredo Dias, «O direito penal entre a «sociedade industrial» e a «sociedade de risco», Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica*, 61, Coimbra Editora, 2001, p. 283 s.

²² Sobre esta classificação, cfr. Anabela Miranda Rodrigues e José Luís Lopes da Mota, *Para uma política criminal europeia. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, Coimbra Editora, 2002, p. 52 s.

²³ Assim, Serge de Biolley, *L'espace pénal*, cit., p. 170.

²⁴ Mostrando que esta tensão sempre existiu, Anne Weyembergh, *Revue belge*, cit., p. 624 s.

²⁵ Assim, Daniel Flore, *Droit européen*, cit., 126

²⁶ Assim, M. Luisa Cesoni, *L'espace pénal*, cit., p. 154; também, Anne Weyembergh, *Revue belge*, cit., p. 627; *id.*, *Lutte*, p. 155 s. Entretanto, não deve deixar de salientar-se alguma abertura relativamente a políticas de prevenção e de protecção de vítimas (sobre isto, cfr. Anabela Miranda Rodrigues e José Luís Lopes da Mota, *Para uma política criminal europeia*, cit., p. 41 s.

Vem-no repetindo insistentemente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Na sua jurisprudência²⁷, o Tribunal consagrou a obrigação de controlar a conformidade com os direitos fundamentais dos actos dos outros Estados a que os Estados parte da Convenção dão a sua colaboração ou na execução dos quais cooperam. E admitiu, além disso, o princípio da violação da Convenção pelo Estado requerido que entrega uma pessoa a um Estado onde existe um perigo sério de que os seus direitos fundamentais sejam ignorados.

A questão do património comum europeu que constituem os direitos fundamentais é, pois, uma questão de *controlo* do respeito dos direitos fundamentais. Questão que deve ser vista à margem do princípio da confiança recíproca – não se situa numa lógica de confiança ou de desconfiança, pois que é uma questão de garantia «concreta» e não «ilusória» de direitos fundamentais.

As «dúvidas» levantadas à construção do espaço penal europeu estão ligadas, por vezes, à ausência de um sistema que garanta, de forma adequada e suficiente, o controlo do respeito das liberdades fundamentais.

Neste aspecto, não deixa de se sublinhar como o Tratado da União Europeia, mesmo em Amsterdão, colocou limites substanciais à competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, face ao Título VI, em matéria de apreciação de questões prejudiciais²⁸.

A criação pensada e reflectida do espaço penal europeu implica assegurar, na União, um controlo jurisdicional do respeito dos direitos fundamentais. Em vez de se comprometer nesta reflexão, a impressão que se colhe, por vezes, é a de que a Europa, no suposto do respeito efectivo dos direitos fundamentais em toda a União, se basta com a sua consideração puramente retórica.

Os receios quanto à construção penal europeia são igualmente justificados pela incoerência dos trabalhos mais recentemente desenvolvidos. Produto, talvez, «da fase de transição» para um sistema penal europeu em que nos encontramos, a incoerência manifesta-se na relação entre as iniciativas de harmonização e as de aplicação do reconhecimento mútuo, ligado à abolição da dupla incriminação..

Torna-se manifesto que a ausência de controlo da dupla incriminação representa²⁹ a «limitação do alcance da soberania» e a aceitação da «validade do sistema de valores dos outros Estados

²⁷ Refere-se a esta jurisprudência, Anne Weyembergh, *Lutte*, cit., p. 182.

²⁸ Para obviar a estas insuficiências, Serge de Biolley, *L'espace pénal*, cit., p. 196, defende a criação de uma jurisdição de controlo do respeito dos direitos fundamentais, que deve intervir quando esteja em causa a decisão de execução, num Estado, de uma decisão emitida por outro Estado. E, assim, a intervenção jurisdicional ser possível, quer sob a forma de apreciação de uma questão prejudicial, antes da decisão de execução, quer mediante recurso da autoridade de emissão, contra a decisão de recusa de execução. Sobre a intervenção do Tribunal de Justiça, nestes casos, vide Anne Weyembergh, *Lutte*, cit., p. 183.

²⁹ No que se segue, Daniel Flore, *Journal des Tribunaux*, cit., p.277.

membros para a perseguição de factos que relevam do soberania destes»: a passagem de um «imperialismo de soberanias» para um «reconhecimento mútuo de soberanias limitadas». E, assim, corresponde a um «processo de integração no espaço de justiça comum» que, como já lembrámos, Amsterdão teve em vista criar.

Mas o que se quer salientar é que o princípio da abolição da dupla incriminação, sobre o qual se faz assentar o reconhecimento do mandado de detenção, pode ocultar uma tendência para privilegiar um «espaço penal» europeu repressivo: não interessa «que crime é», interessa que «é crime»!

A abolição da dupla incriminação pode ser, assim, um «salto» no caminho da construção do «direito penal europeu», e não um «passo», que pressupõe uma reflexão coerente, global e democrática sobre «o direito penal europeu que queremos».

É por isso que a *harmonização* é tão importante: é ela que verdadeiramente pode contribuir para a definição progressiva de uma política criminal europeia³⁰.

Amsterdão veio, neste sentido, reconhecer-lhe um estatuto de *autonomia*, ao lado da cooperação, policial e judiciária, penal (art. 29.º, n.º 2), de que manifestamente não gozava em Maastricht. E se, à primeira vista, pode parecer que a tendência manifestada no sentido da abolição do princípio da dupla incriminação faz do reconhecimento mútuo uma alternativa à harmonização, a verdade é que, aquela tendência demonstra antes como é «urgente» repensar a relação³¹ entre as duas vias de construção do espaço penal europeu, que são o reconhecimento mútuo e a harmonização.

Em primeiro lugar³², reafirma-se a complementaridade dos dois processos, acentuando que o reconhecimento mútuo não é (não deve ser) realizável sem harmonização. A confiança no terreno não se decreta. Pode razoavelmente supor-se que os Estados membros aceitaram a abolição da dupla incriminação na perspectiva de um aprofundamento dos trabalhos de harmonização – não é nada problemático, por exemplo, que as «infracções» previstas na lista do n.º 2 do art. 2.º da decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu se refiram a domínios prioritários da harmonização. Já se disse que podem mesmo integrar um «esboço de harmonização progressiva a empreender». Para além disso, é irrealista pensar que as autoridades judiciárias darão execução ao princípio do reconhecimento mútuo sem que se verifique, ao mesmo tempo, uma redução das divergências entre legislações penais. A propósito do mandado de detenção europeu, é, pois, de aplaudir a Declaração adoptada pelo Conselho³³, aquando da aprovação da decisão-quadro, de acordo com a qual se confirma a

³⁰ Acentuando este papel da harmonização, cfr., designadamente, Gilles de Kerchove, «La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général», *La reconnaissance mutuelle*, cit., 117 e Anne Weyembergh, «Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: les difficultés et leurs conséquences», *L'espace pénal*, cit. p. 141 (*vide*, também, p. 139 e 140).

³¹ Assim, Anne Weyembergh, *Lutte*, cit., p. 187.

³² No que se segue, Anne Weyembergh, *L'espace pénal*, cit., p. 141.

³³ Referência extraída de Daniel Flore, *Journal des Tribunaux*, cit., p. 276.

vontade de prosseguir os trabalhos de harmonização das infracções enumeradas no n.º 2 do art. 2.º, de acordo com o art. 31.º, alínea e) do Tratado da União Europeia.

O repensar dos progressos na construção do espaço penal comum europeu – que devem realizar-se pelas duas vias – deve partir, em segundo lugar, da verificação de que os avanços ao nível do reconhecimento mútuo ligados à abolição da dupla incriminação se justificam devido às *insuficiências* da harmonização³⁴. Quando, logicamente, quanto mais avançarem os trabalhos de harmonização, mais frágil se torna a justificação para prosseguir na via do reconhecimento mútuo ligado à abolição da dupla incriminação.

Acentue-se: a compreensão do reconhecimento mútuo passa pela própria existência de espaço penal comum europeu, a que Amsterdão (e os desenvolvimentos posteriores à assinatura do Tratado) quis(eram) dar consistência, fazendo da harmonização um fim em si mesmo – autónomo – da construção europeia.

Os avanços na via do reconhecimento mútuo não devem fazer esquecer a função *autónoma* da harmonização. Destaca-se³⁵, desde logo, o seu papel essencial de «sinal» da concretização de uma política criminal europeia. Depois, permite evitar que alguns Estados membros, porque menos severos na incriminação e punição de certas condutas, possam aparecer como «santuários» para os criminosos. Finalmente, a harmonização é primordial «para dar aos cidadãos um sentimento comum de justiça», uma das condições – expressamente referidas no Plano de Viena³⁶ – da construção do espaço de liberdade, de segurança e de justiça.

É hoje evidente a importância do espaço penal europeu. A prioridade concedida ao penal – o «terceiro pilar» – na construção europeia foi o culminar de uma evolução, iniciada com o Tratado de Maastricht, continuada com o Tratado de Amsterdão e na Cimeira de Tampere, e traduziu-se numa «emancipação progressiva em relação aos mecanismos ‘clássicos’ de cooperação»³⁷. A União Europeia, depois de ter promovido a cooperação policial e judiciária, como medida compensatória para o desaparecimento das fronteiras internas, vai agora para além desta cooperação interestadual em benefício da construção progressiva de um espaço penal homogéneo.

Os avanços realizaram-se em torno de quatro eixos definidos em Tampere: harmonização do direito substantivo, reconhecimento mútuo, coordenação das investigações e protecção dos direitos fundamentais nos processos penais. Tiveram expressão num conjunto de instrumentos de que destacamos as decisões-quadro relativas ao terrorismo e ao mandado de detenção europeu pelo simbolismo que encerra no pós-11 de Setembro; e na criação de actores europeus para funcionarem no espaço europeu, com relevo para a decisão que instituiu a Eurojust.

³⁴ Nesta linha, Anne Weyembergh, *Lutte*, cit., p. 187 s.

³⁵ Assim, Anne Weyembergh, *L'espace pénal*, cit., p. 141.

³⁶ JO CE, n.º C 19, de 23. 1. 1999, p. 1 s.

³⁷ Assim, Marc Verwilghen, «Introduction», *L'espace pénal*, cit., p. 1.

Não é – ainda? – uma arquitectura penal europeia, de que não encontramos traços no Tratado da União: não há polícia europeia, não há ministério público europeu, não há jurisdição penal europeia.

O que não quer dizer que, com as iniciativas concluídas, os Estados membros não tenham ultrapassado a «visão estreita» da soberania nacional³⁸, que por longo tempo perdurou no domínio penal: com o conjunto dos três instrumentos referidos, é um sistema penal europeu que se perfila no horizonte.

Neste «movimento» – pois que só de um «movimento» se trata –, poder político e sociedade civil têm estado de costas voltadas³⁹. «Fosso» e «ausência de diálogo»: é por certo provocatório falar nestes termos e talvez exprima um juízo demasiado severo.

Mas é este «divórcio» o responsável pelo medo de um «Estado policial europeu» ou pelo discurso do «crepúsculo das liberdades». É a invocação de tendências securitárias que alimenta atitudes «anti-europeistas» no âmbito penal.

E não se lhes cole o rótulo pejorativo de «nacionalistas». Pelo contrário: são-no em nome de um direito penal europeu que, por referência aos direitos nacionais, signifique uma protecção acrescida dos direitos fundamentais.

É que, já não estamos em tempo de iludir a questão: que Europa queremos? Queremos uma Europa securitária e repressiva? Como encontrar o equilíbrio entre liberdade e segurança?

As tensões que aqui perpassam fazem incidir a atenção na imagem de retorno do sector penal europeu. Devem ser dados sinais claros de que a União Europeia não está a caminho de se tornar uma «Europa fortaleza». O que passa pela promoção de instrumentos que têm em vista a justiça penal na sua *globalidade*⁴⁰.

A propósito do reconhecimento mútuo e dos instrumentos que visam pô-lo em prática, tem de admitir-se que, ao não ser concretizado em todas as suas implicações, designadamente quanto ao reconhecimento de decisões ligadas à execução de penas⁴¹, faz temer pela orientação repressiva que encobre.

³⁸ Assim, Marc Verwilghen, *op. ult. cit.*, p. 2.

³⁹ Desenvolvendo esta ideia, Serge de Biolley, *L'espace pénal*, cit., p. 169 s.

⁴⁰ Sobre a necessidade de uma «abordagem global da cooperação» «para afastar os receios de uma abordagem excessivamente securitária na construção de um espaço penal europeu», cfr. Anabela Miranda Rodrigues e José Luís Lopes da Mota, *Para uma política criminal europeia*, cit., p. 41 s.

⁴¹ É manifesta a importância de aplicar o princípio do reconhecimento mútuo às decisões de *liberdade condicional* (neste sentido, Marc Verwilghen, *L'espace pénal*, cit., p. 3 e Serge de Biolley, *ibidem*, p. 194 e 195). Saliente-se a meritória iniciativa da presidência belga neste domínio («Documento de trabalho relativo à realização do programa de medidas destinado a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria penal: decisões tomadas no âmbito da assistência post-penal. Procurar otimizar a aplicação da Convenção Europeia relativa à vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente, de 30 de Novembro de 1964», doc. 10646 / 01, de 6 de Julho de 2001), que não teve seguimento.

Quanto à primeira concretização do princípio do reconhecimento mútuo, não deixa de ser paradoxal que tenha sido exactamente o mandado de detenção europeu.

Não está em causa apreciá-lo quanto às vantagens-benefícios que representa em relação ao direito de extradição, que virá substituir a partir de 1 de Janeiro de 2004: do ponto de vista dos direitos da pessoa que é objecto do mandado e da celeridade do processo. Nem quanto ao simbolismo que encerra, ao tornar tangível o espaço comum de justiça penal: o desaparecimento da extradição é o sinal da evolução que conhece actualmente a União Europeia, que vê reduzir-se, na própria cooperação, o nível estadual e político, em benefício da intervenção das autoridades judiciais, cada vez mais autónomas nas relações que estabelecem directamente entre si.

O que não pode deixar de se salientar é que as duas primeiras aplicações que estavam previstas do princípio diziam respeito a decisões sobre o congelamento de bens e de provas e sobre sanções pecuniárias. Estas iniciativas ficaram «congeladas»⁴² depois do 11 de Setembro, em prol de gestos simbólicos fortes, com prioridade para lanços como o mandado de detenção. Esqueceu-se ou quis esquecer-se que a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo a decisões, por exemplo, relativas ao congelamento de bens e de provas também serve a luta antiterrorista e preferiu começar-se por um domínio «bem mais delicado em termos de liberdades individuais» do que os outros dois que dizem respeito a «bens» e não directamente a «pessoas».

O paradoxo é maior se se pensar na «facilidade» com que, relativamente ao mandado de detenção, se abriu mão de um princípio como o da dupla incriminação. Que, agora, passado o ciclo empreendedor, se mostra relutância em alargar aos outros domínios do reconhecimento mútuo. Quando, logicamente era de esperar que o grau de confiança recíproca fosse (mais) elevado em domínios como o do congelamento de bens ou de provas. O Conselho aceitou, finalmente (em 28 de Fevereiro de 2002), estender a abolição da dupla incriminação a este domínio, mas apenas em relação às decisões de congelamento de provas e não de bens. E, para além desta «precaução», consagra também o método da «lista» de infracções, completado com o limite dos três anos de punição, utilizado no mandado de detenção. O que, se, no caso, se explica pelo ataque à liberdade da pessoa que está em jogo, já não tem razão de ser na obtenção de provas, que deve ser, por princípio, amplamente facilitada, mesmo para infracções menos graves⁴³.

De qualquer modo, esta decisão-quadro, apesar de ter havido um acordo político sobre ela, ainda não foi adoptada oficialmente. Como ironicamente já foi observado, parece que é mais

⁴² Assim, expressivamente (e no que se segue), Anne Weyembergh, *L'espace pénal*, cit., p. 192 s., com indicações sobre ambas as iniciativas. A decisão-quadro sobre o congelamento de bens e de provas (doc. 6980 / 02, COPEN 20, 13 de Março de 2002) foi objecto de um acordo político no Conselho JAI, de 28 de Fevereiro de 2002 (6533 / 02 (Presse 43-G, p. 7), mas ainda não foi adoptada oficialmente.

⁴³ Neste sentido, Denise Sorasio, «Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération», *L'espace pénal*, cit., p. 290.

fácil admitir a entrega de uma pessoa por causa de uma infracção, do que das provas para o seu processo ou o congelamento dos seus bens – uma pessoa seria mais fácil de obter do que a sua fotografia!⁴⁴

De resto, em termos de equilíbrio entre preocupações securitárias e de protecção de garantias individuais, a via preferível é fomentar um clima de confiança recíproca através da harmonização.

Reafirma-se a relação de complementaridade entre reconhecimento mútuo e harmonização, acentuando que o reconhecimento mútuo não é realizável sem harmonização.

Se os progressos alcançados graças ao reconhecimento mútuo são mais espectaculares⁴⁵, a autonomia pertence à harmonização, das infracções e das sanções, que Amsterdão veio reconhecer-lhe.

Os trabalhos de harmonização participam na emergência de uma política criminal europeia. E só pode desejar-se que não alinhe, no plano das infracções, em «definições mínimas», e, em sede de sanções, no famoso sistema do «limite mínimo da pena máxima»⁴⁶.

O que agora queremos destacar é que o vazio⁴⁷ em matéria de harmonização de processos penais e de garantias processuais aumenta o risco de que se instale no espaço penal europeu uma orientação repressiva e securitária. É que o reconhecimento mútuo contém o gérmen de um «nivelamento por baixo» das garantias processuais: em termos de protecção de direitos fundamentais, incita a contentar-se com o «menor denominador comum»⁴⁸. A tarefa de harmonização ao nível processual é tão mais importante quanto se tiver em conta a rápida evolução de novos métodos e técnicas de investigação e de vigilância que as inovações tecnológicas permitem. As diferenças entre Estados membros tendem a acentuar-se.

A confirmar o que vimos dizendo, é curioso verificar que, agora que o mecanismo do reconhecimento mútuo vai ser posto em funcionamento com o mandado de detenção europeu, a Comissão decidiu dar início à tarefa de harmonização dos processos penais. Num dos seus primeiros documentos públicos sobre a matéria, justifica o seu objectivo de definir «normas mínimas a aplicar no tratamento de suspeitos e de pessoas postas em causa nos processos penais na União Europeia» com a necessidade de «fazer nascer a confiança e o respeito mútuos que exige um verdadeiro espaço de liberdade, de segurança e de justiça»⁴⁹.

⁴⁴ Assim, Emmanuel Barbe, *L'espace pénal*, cit., p. 116.

⁴⁵ Assim, Denise Sorasio, *L'espace pénal*, cit., p. 291.

⁴⁶ Sobre a harmonização das legislações, cfr. os estudos de Anne Weyembergh, de Georges Kellens e de Maria Luisa Cesoni, todos publicados em *L'espace pénal*, cit., respectivamente, p. 127 s., 145 s. e 153 s. Vide, também, a propósito da decisão-quadro relativa à luta contra o terrorismo, ANNE WEYEMBERGH, *Lutte*, cit., p. 161 s.

⁴⁷ Assim, e no que se segue, Serge de Biolley, *L'espace pénal*, cit., p. 195 s.

⁴⁸ Assim, Anne Weyembergh, *Lutte*, cit., p. 188.

⁴⁹ Referência extraída de Serge de Biolley, *L'espace pénal*, cit., p. 196.

Ironicamente, a Comissão parece reconhecer o carácter *artificial* da confiança recíproca, invocada para justificar o reconhecimento mútuo das decisões judiciais.

E, também aqui, no plano processual, só pode desejar-se que o exercício de harmonização não se contente com as garantias já existentes nos vários ordenamentos nacionais e em fixar *standards* mínimos.

A tensão liberdade-segurança que esteve sempre latente na construção do espaço penal europeu e que eclodiu sobretudo com a adopção dos dois instrumentos relativos ao terrorismo e ao mandado de detenção teve o mérito de nos fazer tomar consciência do relevo do movimento que está em curso e das suas derivas.

A emergência de um sistema de justiça penal europeia parece inevitável. Mas falta «um projecto a longo prazo» que lhe dê sentido.

A passagem de um *espaço* para um *sistema* de justiça penal não se faz por si. Há uma mudança de perspectiva que pressupõe opções essenciais, quer ao nível material quer processual, que ainda não foram pensadas de forma sistemática nas suas consequências últimas. Quando a construção europeia é «pré-determinada por combates» – o tráfico de seres humanos, a criminalidade organizada e, agora, o terrorismo –, é o pendor securitário e repressivo do penal que ressalta.

Temos agora a oportunidade de repensar a Europa penal. Esta pode representar uma «mais-valia potencial»⁵⁰, em relação aos sistemas nacionais, no plano da protecção dos direitos e liberdades e no equilíbrio liberdade/segurança.

Só se podem enunciar aqui, de forma apodíctica, os vectores essenciais da definição de uma política criminal europeia.

Pensar o sistema penal europeu significa, desde logo, colocar a questão da legitimidade e necessidade das incriminações, não devendo bastar ao trabalho de harmonização a mera comparação entre os vários ordenamentos nacionais.

Depois, ao nível das sanções criminais, deverá inevitavelmente reflectir-se sobre o sentido e finalidade da punição. Vai aqui implicado um debate sobre uma estratégia europeia alternativa à prisão ou as perspectivas de uma justiça reparadora.

Finalmente, é preciso equacionar a protecção dos direitos fundamentais ao nível das garantias processuais e do seu controlo jurisdicional.

Podemos ser tentados a ver num horizonte longínquo a realização do projecto penal europeu.

Mas nos iludamos: é agora o momento-chave para colocar a questão do modelo de direito penal que queremos para a Europa. Senão, correremos o risco de ter, amanhã, um direito penal que consciente e deliberadamente não escolhemos.

⁵⁰ Assim, Serge de Biolley, *op. ult. cit., loc. cit.*