

# A expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternatividade a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa

*The expansion of European criminal law facing the subsidiarity of criminal enforcement: alternative with Portugal's "criminal mediation for adults"*

**Marina Oliveira Teixeira dos Santos<sup>1</sup>**

Universidade de Coimbra/Portugal

marinaoliveira.737@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5631870315520284>

 <http://orcid.org/0000-0002-3276-2590>

---

**RESUMO:** Este trabalho baseia-se na relevância das teorias de subsidiariedade da tutela penal e Direito Penal mínimo em confronto com o Direito Penal europeu. Para tanto, inicialmente será traçado um quadro da expansão do Direito Penal europeu, a partir de sua criação e efetivação até a atual competência penal da União Europeia. Em seguida serão analisados os princípios gerais a serem aplicados na análise do Direito Penal europeu, conforme instrumentos e órgãos da própria União e doutrina. Respectivamente, serão tratados: a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Comunicação da Comissão de 2011 e o Manifesto sobre uma Política Criminal Europeia. Por fim, e sem minimizar a importância prática da aplicação em concreto dos princípios estudados, será tratado o instituto da Mediação Penal de Adultos como forma de diversão penal. Instituto este que, por ser instrumento de desjudicialização, pode ser entendido como alternativa ao Direito Penal tradicional sancionador e, portanto, meio relevante para assegurar a subsidiariedade da tutela penal na União Europeia. Destarte, a partir deste trabalho poderão ser traçadas conclusões sobre

---

<sup>1</sup> Mestranda em ciências jurídico-criminais na Universidade de Coimbra, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

o movimento de expansão penal na União Europeia e soluções para que o mesmo não aconteça ilimitadamente, em dissonância com o caráter de *ultima ratio* da tutela penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal europeu; competência penal; expansão penal; mediação penal; subsidiariedade.

**ABSTRACT:** *This work is based on the relevance of criminal enforcement's subsidiarity and minimum criminal law's theories clashing with Europe's criminal body of law. Therefore, initially it will be traced a framework of European criminal law's expansion, from its creation and effectiveness until the current EU's criminal jurisdiction. Afterwards, the general principles that must be observed during the analysis of EU's criminal law focusing on its subsidiarity will be studied: respectively, EU's Fundamental Rights Charter, the 2011 Commission's communication and the Manifesto on European Criminal Policy. At last, but not at all minimizing the importance of the principles studied, it shall be treated Portugal's criminal mediation for adults as an alternative to classic punitive criminal law and, due to that, means to ensure EU's criminal law subsidiarity. Hence, it will be possible to make conclusions regarding EU's expanding criminal law enforcement and solutions so that this growth does not happen without limitation – in dissonance with the ultima ratio nature of the criminal enforcement.*

**KEYWORDS:** *European Union criminal law; criminal jurisdiction; criminal expansion; criminal mediation for adults; subsidiarity.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O movimento de expansão do Direito Penal europeu e a capacidade da União Europeia em legislar penalmente; 2. O Direito Penal europeu em confronto com a subsidiariedade da tutela penal; 3. A Mediação Penal como alternativa ao Direito Penal clássico sancionador; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Este trabalho parte da preocupação quanto à expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal, em consequência de uma evolução cooperativa que culmina na competência inquestionável da União Europeia em legislar penalmente em um contexto de incremento incriminador e sancionador.

O Direito Penal, devido à sua manifesta gravidade como instrumento estatal de contenção da liberdade do homem – apontada constantemente pela doutrina, deve ser sempre tido como subsidiário. É por esta razão que este trabalho busca responder à pergunta: a partir de quais instrumentos é possível manter a subsidiariedade do Direito Penal em um contexto de expansão do mesmo em espaços regionais tão fortes quanto à própria União Europeia? Podemos obter este resultado favorável apenas a partir da incidência de interpretações principiológicas por parte dos aplicadores do direito? Ou serão necessários outros instrumentos que garantam a alternatividade ao processo penal clássico sancionatório, como a Mediação Penal a partir da legislação portuguesa?

O trabalho almeja alcançar seus resultados a partir de uma pesquisa qualitativa com um raciocínio dedutivo. Assim, parte-se da descrição de um cenário europeu, de forma mais abrangente, a fim de ser possível a análise deste contexto de um Direito Penal e Processual Penal claramente em expansão. Ainda, utiliza-se do método descritivo para avaliar algumas das propostas de caráter mais teórico criadas, seja a partir da legislação europeia ou de sua doutrina, com o fito de refrear uma aplicação exacerbada do Direito Penal. Por fim, ainda em tom descritivo, referimos ao instrumento processual penal da Mediação de Penal de Adultos, consoante disposta na legislação portuguesa, como meio de alternatividade e eventual subsidiariedade àquele Direito Penal e Processual Penal em expansão.

Desta forma, inicialmente será traçado um panorama geral da expansão do Direito Penal europeu, com o objetivo de demonstrar esta evolução que parte de uma comunidade europeia ainda sem competência penal própria e culmina em uma União com competência penal inquestionável.

Ademais, serão tratados instrumentos derivados de Tratados e Comunicados da Comissão da União Europeia, assim como do pensamento doutrinário, referente à necessidade da concreta incidência do Direito Penal como *ultima ratio* a partir da interpretação principiológica casuística.

Por fim, analisar-se-á o instituto da Mediação Penal de Adultos consoante os ditames da Lei nº 21 de 2007, derivada da Decisão Quadro 220 de 2001, como instrumento de desjudicialização capaz de proporcionar uma concreta subsidiariedade do Direito Penal a partir da possibilidade de não dedução da acusação em determinados casos, ainda que presentes

os pressupostos processuais consistentes na existência de indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi seu agente, nos termos do artigo 283º do Código de Processo Penal Português. Destarte, será possível traçar as conclusões finais referentes ao estudo realizado.

## **1. O MOVIMENTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL EUROPEU E A CAPACIDADE DA UNIÃO EUROPEIA EM LEGISLAR PENALMENTE**

No espaço europeu há um movimento tendencial na construção de um Direito Penal próprio, decorrente de uma evolução que iniciou em Maastricht, Amesterdão, Tampere e, enfim, com o Tratado que estabelece uma Constituição europeia e submete o Direito Penal a uma regra comunitária permitindo que tipos e sanções penais sejam adotados no âmbito da União Europeia.

A expansão do Direito Penal europeu é um processo decorrente de uma evolução histórica a partir de meados do século XX que iniciou com a fortificação dos espaços regionais de cooperação e, mais recentemente, caracterizou-se pela globalização, ampliação dos meios de comunicação e eletrônicos e, com isso, trouxe novas (ao menos inicialmente) formas de criminalidade: caracteristicamente organizada e com índices altíssimos de ocorrência de crimes específicos como terrorismo, corrupção estruturada (estatal e privada), tráfico de seres humanos etc<sup>2</sup>.

Desta forma, a junção entre o fortalecimento do espaço de integração europeu e a necessidade de combate a esta nova criminalidade típica de um mundo globalizado e extremamente tecnológico, resultou na expansão do Direito Penal europeu, ou seja, na expansão de uma legislação penal pensada por e para o espaço europeu<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.382.

<sup>3</sup> De relevância ressaltar que a expansão do Direito Penal não é tópico exclusivo da União Europeia. É, de fato, uma realidade compartilhada mundialmente. Neste sentido, Jesús Maria Silva-Sánchez, ao final do século XX constatou que “há uma tendência claramente dominante na legislação com a introdução de novos tipos penais, assim como com a agravamento dos já existentes” e, para o autor, “não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparelho estatal, que buscaria na

Outro fator que contribuiu para essa expansão do Direito Penal é a crise do Estado de bem-estar social que ocorreu na sociedade pós-industrial europeia, caracterizada por um alto índice de desemprego, migrações e choques culturais. E, neste contexto “aparecem cada vez com maior claridade demandas de ampliação da proteção penal que ponham fim, ao menos simbolicamente, à angústia derivada da insegurança”<sup>4</sup>.

Neste sentido, a União Europeia passa a ter capacidade para legislar penalmente, ainda que dentro do limite dos Tratados e, por esta razão, associada à expansão do movimento penalizador – correspondente ao incremento das condutas criminalizadas e da severidade da persecução penal - passa a ser necessária a compreensão do Direito Penal europeu sob a perspectiva da subsidiariedade do Direito Penal<sup>5</sup>.

Neste trabalho, necessária uma inicial compreensão da evolução histórica do Direito Penal europeu tanto para o entendimento acerca de seu movimento de expansão quanto, e com maior relevância, para analisarmos as formas processuais que podem lhe garantir a subsidiariedade, como é o caso da Mediação Penal de Adultos.

Antes de iniciar a compreensão do surgimento do Direito Penal europeu é necessário entender o próprio espaço de integração na Europa. Inicia-se, após o fim das duas grandes Guerras Mundiais no início do século XX e com o objetivo de organizar os países europeus em torno da paz, sendo o Tratado de Bruxelas de 1948 instrumento relevante neste momento<sup>6</sup>.

---

legislação penal uma solução (aparentemente) fácil aos problemas sociais”. Apesar de Silva-Sánchez considerar essa expansão do Direito Penal “perversa” por ser se tratar de um atalho aos problemas sociais, o autor não nega que a modernização que se deu com o progresso técnico e a globalização gerou, “no âmbito da delinquência dolosa, a adoração de novas técnicas que permitem produzir resultados especialmente lesivos. Ademais, afirma a existência de uma criminalidade organizada que, ao “operar a nível internacional, constitui claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e para os Estados)” de maneira a tornar necessário, ao menos em certo nível, este intervencionismo penal (SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p.17-22).

<sup>4</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>5</sup> RODRIGUES, 2008, p. 382.

<sup>6</sup> EUROPEIA, União. *Tratados da UE*. Disponível em < [https://europa.eu/european-union/law/treaties\\_pt](https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt)>. Acesso em: 06 fev. 2018.

A questão econômica é levada a um plano de maior relevância já com os Tratados de Paris de 1951, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, e com os Tratados de Roma em 1957, os quais criaram a comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atômica<sup>7</sup>.

É perceptível que a evolução da Comunidade Europeia trouxe como necessidade a simplificação de seu procedimento e, neste sentido, foi assinado o Tratado de Fusão de 1965, o qual criou uma Comissão Única e um Conselho Único para as três Comunidades Europeias existentes até então<sup>8,9</sup>.

No ano de 1975, foi criado o Grupo TREVI (terrorismo, radicalismo, extremismo e violência internacional), reconhecido como o primeiro caso de cooperação em matéria penal. E, em 1986, foi instituído o Ato Único Europeu, responsável por simplificar a tomada de decisões ao instituir a maioria qualificada e preparar as instituições às adesões de Portugal e Espanha, além de trazer a livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas e, por isso, relançar a cooperação judiciária em matéria penal por meio do Grupo de Cooperação Judiciária em matéria penal<sup>10,11</sup>.

Entretanto, é só em 1992 com a assinatura do Tratado de Maastricht que surge um Direito Penal europeu por si mesmo. Este é o tratado responsável por criar a União Europeia, mesmo que ainda existente em concomitância com a Comunidade Europeia, assim como os três pilares

---

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Eram, até então, conforme já referenciado no texto, as Comunidade Econômica Europeia, a Comunidade Europeia de Energia Atômica e a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

<sup>9</sup> *Tratados da EU*, op.cit.

<sup>10</sup> Este grupo foi responsável pela elaboração de 05 instrumentos de relevância, nenhum dos quais foi ratificado por todos os Estados-Membros: a Convenção de 25 de maio de 1987 sobre a aplicação do Princípio do *ne bis in dem*; o Acordo de 25 de maio de 1987 sobre a aplicação da convenção do Conselho da Europa sobre transferência de pessoas condenadas; o acordo de 26 de maio de 1987 sobre a simplificação e modernização das formas de transmissão de pedidos de extradição; o Acordo de 06 de novembro de 1990 sobre a transmissão dos processos penais e a Convenção de 13 de novembro de 1992 sobre a execução de condenações penais estrangeiras (RODRIGUES, 2008, p.41).

<sup>11</sup> Ibidem, p. 40-41.

da União: (i) as Comunidades Europeias – pilar relacionado às políticas integradas como política agrícola comum, união alfandegária, mercado interno e euro; (ii) a Política Externa e de Segurança Comum – relativo à cooperação intergovernamental; e, por fim (iii) o pilar de Justiça e Assuntos Internos – este sim sobre a cooperação política e judiciária em matéria penal<sup>12</sup>.

O Direito Penal europeu a partir de Maastricht era baseado na existência de três instrumentos legislativos, todos baseados na iniciativa exclusiva dos Estados-Membros e na possibilidade do direito de veto por parte dos membros do Conselho. Segundo o artigo k. 3, 2, al. a) era possível a adoção de posições comuns, expressas pelos Estados-Membros em organizações e conferências internacionais para demonstrar qualquer cooperação que contribuísse para atingir os objetivos da União. A partir do artigo k. 3, 2, al. b) definiam-se as ações comuns, as quais sempre possuíram um efeito vinculativo duvidoso. E, por fim, se tornou possível a adoção de convenções a partir do artigo k. 3, 2, al. c); o único instrumento cujo efeito vinculativo era indubitado, apesar de dependente de dupla unanimidade em sua elaboração no conselho e em sua ratificação pelos Estados-Membros<sup>13</sup>.

Em 1997 é assinado o Tratado de Amesterdão, o qual, pela primeira vez, tornou nítida a criação de um espaço penal europeu iniciada em Maastricht. Isto pois, para além de um mercado comum, este tratado trouxe a União Europeia como espaço de liberdade, de segurança e de justiça, como fruto de seu objetivo em criar instrumentos que permitissem que a União Europeia enfrentasse os desafios da modernidade, derivados

---

<sup>12</sup> Destaca-se que a separação existente entre os três pilares era o que justificava a existência de regras diferenciadas em questões penais no terceiro pilar em relação às existentes no primeiro pilar, a fim de salvaguardar o poder dos Estados-Membros. Neste sentido trata Anabela Rodrigues: “O terceiro pilar não comportava nem integração, nem, em consequência, cessão de soberania. Tratando-se de uma estrutura intergovernamental de cooperação, partia-se do princípio – apenas – que certas questões relativas à justiça e assuntos internos eram de interesse comum, o que permitia aos Estados-Membros a cooperação em relação a elas, mas não a sua comunitarização” (Ibidem, p. 44).

<sup>13</sup> Ibidem, p. 46; e EUROPEIA, União. *Treaty on European Union: Tratado de Maastricht*. Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf)>. Acesso em: 06 fev. 2018, p. 131.

da globalização e novas tecnologias, nomeadamente a criminalidade internacional, terrorismo e tráfico de drogas<sup>14;15</sup>.

Neste sentido, se em Maastricht o Direito Penal era alheio à comunidade, em Amesterdão a política criminal passa a se inserir dentro dos valores da União Europeia, como um “projecto comum” entre os Estados-Membros. De modo que não se trata mais de uma cooperação que permite que cada Estado-Membro implemente sua própria política criminal a fim de assegurar o objetivo em comum “mobilidade das pessoas e dos capitais”, mas sim de um Direito Penal a ser adotado em conjunto pelos Estados-Membros a fim de garantir um espaço completamente integrado em termos de segurança e justiça<sup>16</sup>.

Para tanto, em Amesterdão foi previsto como instrumento legislativo a Decisão-Quadro, a qual, mesmo que sem efeito direto, vinculava os Estados-Membros quanto aos resultados a serem alcançados, deixando, entretanto, às instâncias nacionais a competência quanto a forma e aos meios<sup>17</sup>.

As Decisões-Quadro, se ainda dependentes de unanimidade como em Maastricht, podiam ser iniciadas tanto por iniciativa dos Estados-Membros como da Comissão, sendo certo que passou a ter um alcance temático maior do que seus instrumentos legislativos antecedentes ao alcançar matérias como a proteção penal da moeda e do Euro<sup>18</sup>.

O Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de junho de 1999 foi outro marco essencial na criação e aprofundamento de um Direito Penal europeu. Afinal, é a partir de Tampere que se adota o princípio do reconhecimento mútuo e surge o compromisso de criação do EUROJUST<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> Segundo o artigo K. 1º do Tratado de Amesterdão “será objetivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia” (EUROPEIA, União. *Tratado de Amesterdão*. 1997. Disponível em <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_of\\_amsterdam\\_pt.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2018).

<sup>15</sup> SILVA, Paulo Maycon Costa. O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal na União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v.129, n.25, 2017, p.429.

<sup>16</sup> RODRIGUES, op. cit., p.51.

<sup>17</sup> RODRIGUES, 2008, p. 60; e TRATADO DE AMESTERDÃO, 1997.

<sup>18</sup> RODRIGUES, op.cit., p. 60, 300.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 192.

Por meio do princípio do reconhecimento mútuo muda-se a aproximação quanto ao reconhecimento de decisões tomadas por uma autoridade judiciária competente entre os Estados-Membros, que passa a ser “imediatamente, automático, sem condições e sem controlo”<sup>20</sup>. Ademais, concomitantemente a este princípio, reafirmou-se o trabalho de harmonização durante as conclusões do Conselho, relevante para incrementar a possibilidade dos Estados-Membros a serem obrigados a punir determinadas condutas de acordo com a política criminal adotada pela União<sup>21:22</sup>.

A partir do item 46 do Conselho de Tampere foi criada a unidade do EUROJUST “a fim de reforçar a luta contra as formas graves de crime

---

<sup>20</sup> O princípio do reconhecimento mútuo é instrumento próprio dos Estados federalistas, sendo necessário neste modelo estatal a fim de permitir que as decisões dos vários estados federados sejam reconhecidas entre si. Desta maneira, há uma transferência de conceitos com a aplicação desde princípio ao espaço da União Europeia que demanda, devido às características da própria união, uma certa adaptação. Afinal, o reconhecimento mútuo entre estados federados que se encontram em uma posição de inferioridade em relação ao Estado federalista ao qual se submete é diferente de sua aplicação em Estados-Membros, independentes politicamente entre si, ao nível de uma União baseada unicamente em Tratados, ou seja, na própria vontade dos Estados-Membros.

<sup>21</sup> Quanto ao alcance da harmonização penal há de se notar que a doutrina crítica veementemente o trabalho que está sendo feito no sentido de harmonizar as legislações penais nacionais sem que seja proposto um rumo e objetivo específicos para o Direito Penal da União Europeia, de modo a se criar uma miríade de propostas legislativas penais que, muitas vezes, entram em conflito entre si e com outras normas da própria União. Nesse sentido, Anabela Rodrigues propõe que “o que não indica um rumo a saber que é que se quer e como se quer harmonizar.(...) qual é o projecto quanto ao objecto e ao conteúdo da harmonização. A pouca prestabilidade daqueles critérios para definirem o âmbito de uma política criminal europeia ressalta quando se considera que eles deverão funcionar como limite à expansão da harmonização penal” (Ibidem, p. 142). Ademais, consoante o Manifesto Europeu sobre uma Política Criminal Europeia “os instrumentos atuais usados para a harmonização da lei penal da União Europeia já exercem influência substancial nas leis penal e processual penal nacionais, sendo que com os instrumentos conferidos pelo Tratado de Lisboa estes poderes tem a tendência a aumentar. Entretanto, as instituições europeias responsáveis pela política criminal falharam em perceber esta política como autônoma, de modo que não há um conceito coerente de política criminal da união europeia” (INITIATIVE, 2011, p.87). Esta problemática, devido ao enfoque deste trabalho, será aprofundada em tópico específico dada a importância que a harmonização tem em relação à expansão não mesurada do Direito Penal europeu.

<sup>22</sup> RODRIGUES, 2008, p. 69-73.

organizado” e com o objetivo de facilitar a coordenação entre os órgãos executivos nacionais e apoiar as investigações criminais em casos de crime organizado. Neste sentido, considerando a inexistência, ainda atualmente, de competência executiva da União Europeia quanto ao âmbito penal, revela-se a inovação de Tampere ao criar um órgão próprio para ampliar a atuação da União na fase executiva<sup>23;24</sup>.

Em dezembro de 2009, o Direito Penal europeu é intensificado com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o qual trouxe unidade institucional ao espaço europeu ao deixar existir apenas a União Europeia, não mais a Comunidade; por extinguir os pilares instituídos em Maastricht e definir as Diretivas penais<sup>25</sup>.

É a partir do Tratado de Lisboa<sup>26</sup> em vigor a partir de 2009, que a competência penal da União Europeia passa a ser indiscutível, apesar de limitada pelo próprio Tratado. E, portanto, é marco do ápice da expansão do Direito Penal europeu.

Neste sentido, há uma expansão da competência penal europeia<sup>27</sup> a partir do disposto no artigo 3º, nº 2, do Tratado da União Europeia

<sup>23</sup> Entretanto, há de se apontar que há um caráter facultativo na intervenção do EUROJUST, devido à própria falta de base jurídica (em forma de tratados) que permita conceder a um órgão europeu poder vinculativo sobre autoridades nacionais, que retira a capacidade de uma execução penal coerente à nível europeu (RODRIGUES, 2008, p. 80-81).

<sup>24</sup> TAMPERE, Conselho Europeu. *Conclusões da presidência do Conselho de Tampere 1999*. Disponível em < [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_pt.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2018, item 46 ss.

<sup>25</sup> CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. IN: CORREIA, Fernando (org.); MACHADO, Jonatas (org.) et al. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 193-194.

<sup>26</sup> Fala-se no Tratado de Lisboa, também nomeado Tratado da União Europeia, porém é certo que a atual União Europeia está igualmente fundada neste tratado e no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), ambos com o mesmo valor jurídico consoante o próprio artigo 1º do Tratado de Lisboa.

<sup>27</sup> A expansão da competência penal da União Europeia não confere a competência para execução de normas penais, a qual continua como exclusiva aos Estados-Membros. A falta de competência executiva da União, que depende dos órgãos executivos de seus Estados-Membros, a partir da internalização dos Direito Penal europeu, leva, em uma primeira aproximação, à conclusão

(Tratado de Lisboa ou TUE), segundo o qual “a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas (...), em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”<sup>28</sup>.

Ademais, uma jurisdição penal autónoma da União Europeia é atribuída pelos Estados-Membros a partir dos artigos 82º, nº 2, al. b e artigo 83º, número 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Segundo estes dispositivos, “a cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios (...) que tenham sido objeto de medidas de harmonização”, cabendo ao Parlamento Europeu e ao Conselho “prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros”.

É nítida a definição e delimitação da competência da União no artigo 83º, nº1, do TFUE, o qual dispõe sobre a capacidade do Parlamento Europeu e do Conselho em adotarem diretivas a fim de “estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de combatê-las, assente em bases comuns”<sup>29</sup>.

---

de que, na ausência de transmutação das regras penais contidas em diretivas o Direito Penal europeu perderia sua eficácia. Entretanto, há autores que creem haver eficácia mesmo nestas situações, já que o Tribunal de Justiça da União Europeia consegue, por meio da interpretação de questões submetidas à Corte, lhes dar certa eficácia (SILVA, 2017, p. 429).

<sup>28</sup> EUROPEIA, União. *Tratado de Lisboa: Tratado da União Europeia 2009*. Disponível em < [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2018, art. 3º.

<sup>29</sup> Vale ressaltar que, em conformidade com este próprio dispositivo do TFUE, são enumerados os domínios de criminalidade que podem ser passíveis de diretivas penais, ou seja, que estão dentro da competência penal da União. São passíveis de diretivas penais os seguintes domínios de criminalidade: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. Sendo importante destacar que, devido a inclusão da criminalidade

A fim de ilustrar esta expansão do Direito Penal europeu podemos analisar a criminalização do terrorismo em Portugal em confronto com as legislações internacionais, tanto derivadas da União Europeia, de maior relevância para este trabalho, quanto do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

O terrorismo foi criminalizado em Portugal no Código Penal de 1982 (artigo 289º), sendo que, em razão da Decisão-quadro 475/2002, instrumento legislativo próprio da União Europeia, houve a primeira revisão profunda da matéria na legislação portuguesa e a adoção da Lei nº52/2003, de 22 de agosto. Com a alteração, o terrorismo criminalizado em Portugal, mais do que proteger a paz pública interna do Estado, passou a proteger as instituições europeias e os demais Estados-Membros<sup>30</sup>.

Além de haver uma expansão quanto ao objetivo da tutela penal, ocorreram sucessivas expansões com a incriminação dos crimes percussores de segunda à quarta geração entre os anos de 2008 e 2015 e em decorrência de instrumentos comunitários como a Resolução do Conselho das Nações Unidas 1624 de 2005 e a Decisão-Quadro 919/2008. Por conseguinte, de uma primeira geração no qual eram crimes percussores do terrorismo o furto qualificado, o roubo ou a extorsão, passamos a uma quarta geração na qual é precursor de terrorismo o crime cujo tipo objetivo baseia-se apenas na conduta de “viajar”, de modo que o cerne da conduta recai no tipo subjetivo, ou seja, na finalidade com a qual é praticada a conduta<sup>31</sup>.

Portanto, encontramos um quadro de expansão criminal internacional, o qual, a despeito de seu âmbito criminal já amplo o suficiente para incluir condutas objetivas como “viajar” no espectro criminal do

---

organizada como domínio próprio, expande-se amplamente a competência penal da União já que ainda não existe uma definição limitativa do que é criminalidade organizada (RODRIGUES, 2008, p.172).

<sup>30</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, v.135, n. 3935, 2005, p.71-75.

<sup>31</sup> PORTUGAL. *Lei de Combate ao Terrorismo: Lei nº52, de 22 de agosto de 2003*. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=119&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=119&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>)>. Acesso em: 19 abr. 2018, artigos 1º-4º.

terrorismo, caso seja verificado o caráter subjetivo do agente, continua a ser expandido a partir das legislações europeias e internacionais<sup>32</sup>.

Em suma, passa a ser chave para o Direito Penal da União Europeia a cooperação judiciária em matéria penal, obtida por meio do princípio do reconhecimento mútuo e da harmonização das normas nacionais (baseada na adoção de normas mínimas). Fator que, em conjugação com o atual cenário de criminalidade globalizada e organizada, coopera para a expansão de um Direito Penal criminalizador, que busca nas penalidades e tipos penais<sup>33</sup> resposta para a solução de uma sociedade acometida por crimes eminentemente graves como corrupção, terrorismo, tráfico de seres humanos e estupefacientes, lavagem de dinheiro etc.

## **2. O DIREITO PENAL EUROPEU EM CONFRONTO COM A SUBSIDIARIEDADE DA TUTELA PENAL**

A característica gravidade do Direito Penal, como instrumento penalizador, que retira a liberdade do ser humano e o põe sob um foque de luz negativo perante a sociedade, confere-lhe um caráter de subsidiariedade. De modo que apenas possa ser invocado em situações nas quais outros instrumentos do direito não sejam mais capazes de tutelar a situação que se busca proteger. Ou, em outras palavras e de maneira a consubstanciar o

---

<sup>32</sup> DIAS, op. cit., p.81-82; e INITIATIVE, European Criminal Policy. *The Manifesto on European Criminal Policy in 2011*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201112/20111207ATT33475/20111207ATT33475EN.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018, p.94.

<sup>33</sup> Devido a diversidade do sistema de penas das legislações nacionais, a União Europeia, antes de Amesterdão, adotava textos que não possuíam grande alcance quanto às sanções penais ao não estabelecer determinado nível de pena para o comportamento criminalizado ou bastar a exigir que as “infrações visadas fossem objeto de sanções efetivas, proporcionadas e dissuasoras” ou, para infrações mais graves, previam que as penas privativas de liberdade pudessem dar lugar à extradição. Após o Tratado de Amesterdão, apesar da União Europeia continuar a adotar o modelo de “penas efetivas, proporcionais e dissuasoras”, passa também a definir limites mínimos para a pena em abstrato máxima. Isto pois, considerando que nem todos os Estados-Membros legislam sobre a penalidade mínima, restaria à União apenas, como caminho para harmonizar de melhor forma as sanções penais, determinar limites à penalidade máxima (RODRIGUES, 2008, p.115-116).

princípio por trás destas conclusões, a característica gravidade do Direito Penal faz com que este apenas possa incidir em *ultima ratio*<sup>34</sup>.

Portanto, ao pensarmos em uma tutela penal que passa a ser aplicada em nível multinacional a partir da legislação penal da União Europeia, tem-se que tomar especial atenção para saber se de fato o Direito Penal está a incidir como *ultima ratio* e de forma proporcional, legal e apenas para proteger direitos fundamentais<sup>35</sup>.

Para a análise do Direito Penal europeu em confronto com a subsidiariedade do Direito Penal serão analisados três universos: legislativo, jurisprudencial e doutrinário<sup>36</sup>. Todos os quais buscam, por meio de princípios gerais do Direito Penal, limitar sua incidência e garantir sua subsidiariedade, de modo a controlar a expansão ilimitada do Direito Penal europeu. Serão tratados, respectivamente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Comunicação do Conselho de 2011 e o Manifesto sobre uma Política Criminal Europeia.

Inicialmente, é relevante tratar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no Direito Penal da União Europeia, manifesto no artigo 52º, nº1, da Carta de Direitos Fundamentais da União. Nos termos deste dispositivo, restrições aos direitos e liberdades que são reconhecidos pela Carta devem ser previstas em lei e respeitar seu conteúdo essencial, ou

---

<sup>34</sup> Em congruência com esta linha de pensamento, Ferrajoli defende a racionalização do Direito Penal segundo o modelo de Direito Penal mínimo, de forma que apenas um Direito Penal desburocratizado e aplicado em *ultima ratio*, unicamente para defesa de direitos e bens mais fundamentais pode assegurar o respeito à todas às garantias e assegurar o funcionamento e credibilidade da máquina judiciária (FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Estudios de Derecho*, v. 145, n. LXVI, 2008, p.15-29). Ou seja, tendo em vista a expansão do Direito Penal europeu há de se haver um maior cuidado com a aplicação em *ultima ratio* da tutela penal a fim de garantir não só o respeito à liberdade do homem, mas também a confiança e funcionamento do próprio mecanismo europeu de penalização.

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. La position de la victime nel sistema penale. *L'indice Penale*, n.XXIII, 1989, p.5-9.

<sup>36</sup> A qualificação destes universos como legislativa, jurisprudencial e doutrinária deve-se ao âmbito de realização das mesmas. Afinal, o primeiro instrumento analisado é derivado de um Tratado entre os Estados-Membros, o segundo é derivado do trabalho da Comissão europeia e que vem a influenciar o trabalho do Tribunal Europeu e, por fim, o último instrumento é um manifesto elaborado por juristas provenientes de diversos Estados-Membros.

seja, observar o princípio da proporcionalidade. Destarte, restrições a estes direitos e liberdades apenas podem ser aplicadas se corresponderem efetivamente aos objetivos da União ou a necessidade de proteção de direitos e liberdades de terceiros<sup>37</sup>.

A Carta de Direitos Fundamentais da União é de relevância na análise do princípio da proporcionalidade também em razão de seu artigo 49º, o qual traz a obrigatoriedade de que o referido princípio seja aplicado nos delitos e nas penas. É em razão deste dispositivo que se aplica a não retroatividade de lei penal mais grave e a proporcionalidade das penas em relação à infração no Direito Penal europeu<sup>38</sup>.

A severidade da tutela penal, por conseguinte, faz com que sejam excluídas condutas que não violem um bem jurídico claramente individualizado, “por mais imorais, a-sociais ou politicamente indesejáveis que se apresentem”. E, em relação aos casos em que seja violado um bem jurídico, mas “a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por instrumentos não criminais de política social, os instrumentos jurídico-penais também devem ficar fora de questão”<sup>39</sup>.

A despeito da certeza de que princípios clássicos da política criminal nacional, como o da *ultima ratio* e proporcionalidade, devem ser aplicados por reflexão na União Europeia<sup>40</sup>, a análise legislativa por estas bases não é tarefa fácil. Destarte, é de relevância a ação positiva tomada pela Comissão a fim de regularizar esta política: em uma comunicação em 2001, “Towards an EU Criminal Policy”, a Comissão reiterou uma lista de princípios que devem guiar o Direito Penal da União Europeia. Ainda que estes princípios não sejam vinculantes, possuem um caráter influenciador por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o papel de rascunhar propostas criminais é, usualmente, da própria Comissão. E, em segundo lugar, porque as Comunicações da Comissão, ainda que não

---

<sup>37</sup> EUROPEIA, União. *Carta de Direitos Fundamentais*. 2000. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2018, artigo 52º.

<sup>38</sup> Idem, artigo 49º.

<sup>39</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: AequitasEditorial Notícia, 1993, p.66.

<sup>40</sup> Se não por conta das próprias previsões sobre os mesmos nos Tratados, conforme já supraanalisado.

vinculantes, são referidas perante a *Court of Justice* e, por isso, tendem a guiar o raciocínio do tribunal<sup>41</sup>.

A partir desta Comunicação de 20 de setembro de 2011, a Comissão enfatiza o papel do Direito Penal como método de *ultima ratio*<sup>42</sup> e, a fim de se assegurar disto<sup>43</sup>, propõe uma aproximação em duas etapas: (1) inicialmente, deve ser decidido se irão ser adotadas medidas penais a partir da análise da necessidade e proporcionalidade, verificando-se se é cabível a incidência de outras medidas, como sanções de natureza administrativa ou civil; e (2) em razão de uma diretiva penal não ter consequência direta para o cidadão sem ser transposta para o direito nacional, a segunda etapa da aproximação cuida disto ao estabelecer que as sanções penais a serem aplicadas podem ser definidas pela União como eficazes, proporcionadas e dissuasivas e, por vezes, em casos de criminalidade grave, podem ser definidas mais especificamente com o fim de reduzir as diferenças entre os sistemas penais<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> MIETTINEN, Samuli. *Criminal Law and Policy in the European Union*. Londres: Routledge, 2013, p.119.

<sup>42</sup> A preocupação da Comissão em realizar uma comunicação no sentido de assegurar a subsidiariedade, a proporcionalidade e outros princípios básicos do próprio Tratado da União Europeia é derivado da base jurídica expressa contida no próprio Tratado que confere competência penal para a União através da adoção de diretivas. Neste sentido, percebe-se já de forma inicial que a expansão do Direito Penal europeu não aconteceu sem preocupação por parte dos próprios Estados-Membros. Neste sentido, também, e anterior à certeza de vigência do Tratado de Lisboa, o Manifesto sobre uma política criminal europeia, redigido inicialmente em dezembro de 2009 e constantemente adaptado com os progressos legislativos, o qual ainda será analisado com maior profundidade neste trabalho.

<sup>43</sup> A preocupação desta Comunicação que mais interessa à este trabalho, ou seja, os princípios que devem sustentar a legislação penal da União, é tratado apenas na segunda parte da Comunicação. Isto pois, em primeiro lugar, a comissão reafirma a importância da tutela penal, como forma de reforçar confiança dos cidadãos, aumentar a confiança mútua entre as autoridades judiciais e executivas dos Estados-Membros e prevenir e sancionar graves infrações contra o próprio Direito da União e aquelas que são cometidas de maneira supra-estatal (COMISSÃO, Comunicação da. *Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao Direito Penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE. 20 set. 2011*. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0573&qid=1518522030423&from=EN>>. Acesso em: 13 fev. 2018, p.2-5).

<sup>44</sup> Idem, p. 7-9.

Por fim, antes mesmo da entrada em vigor do Tratado da União Europeia, em dezembro de 2009, um grupo de 14 pesquisadores provenientes de 10 Estados-Membros redigiram o texto do Manifesto por uma política criminal europeia (*The Manifesto on European Criminal Policy*), texto de relevância ao pontuar os princípios que devem guiar qualquer medida criminal e procurar evidenciar o quão importante é uma política criminal europeia homogênea e aplicada com base em objetivos bem delineados. Devido à importância deste texto para o Direito Penal europeu, o mesmo foi atualizado em sua primeira parte a partir da vigência do Tratado da União Europeia e sua segunda parte, como um documento vivo, passou a sofrer variadas atualizações pelos membros da *European Criminal Policy Initiative* (Iniciativa).

A preocupação da *European Criminal Policy Initiative* é derivada do fato de que os instrumentos usados para a harmonização da lei penal europeia, já em 2011<sup>45</sup>, exerciam influência substancial nas leis penal e processual penal nacionais, sendo descrito que “com os instrumentos conferidos pelo Tratado de Lisboa estes poderes tem a tendência a aumentar”. E, de acordo com o Manifesto, “as instituições europeias responsáveis pela política criminal falharam em perceber esta política como autônoma, de modo que não há um conceito coerente de política criminal da União Europeia”<sup>46</sup>.

Neste sentido, enumeram os princípios fundamentais que devem ser reconhecidos como base para todos os instrumentos legais a respeito de medidas criminais, os quais são de extrema relevância para a análise do Direito Penal europeu sob a perspectiva do Direito Penal mínimo. Ou seja, a partir destes princípios é possível fugirmos à expansão descontrolada do Direito Penal europeu e garantir que o mesmo seja aplicado apenas quando essencial a fim de garantir um bem jurídico que não possa ser tutelado por outro ramo do Direito<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Conforme já explanado, o texto do manifesto sofreu uma grande modificação com a entrada em vigor do Tratado da União Europeia, somada a atualizações variadas em sua segunda parte. Desta forma, faz-se necessário explicar que o texto do Manifesto analisado neste trabalho é referente ao ano de 2011,

<sup>46</sup> INITIATIVE, 2011, p. 87.

<sup>47</sup> O conceito de bem jurídico, conforme proposto por Claus Roxin, é diretamente ligado aos direitos garantidos por uma Constituição. De modo que, em razão

São enumerados e explanados como essenciais os seguintes princípios: necessidade de um objetivo legítimo, princípio da *ultima ratio*, princípio da culpa, princípio da legalidade, princípio da subsidiariedade e princípio da coerência; os quais serão aprofundados em consonância com a aproximação do Manifesto.

Em relação à necessidade de objetivo legítimo a fim de ser justificada uma tutela penal em legislação europeia são enumerados três requisitos para que, concretamente, os poderes legislativos da União em matéria penal apenas sejam exercidos para proteger direitos fundamentais: (1) os interesses tutelados tem de ser retirados da legislação primária da União; (2) as constituições dos Estados-Membros, bem como os princípios fundamentais da Carta de Direitos Fundamentais da união não podem ser violados; e (3) a criminalização não pode causar dano significativo para a sociedade ou para os indivíduos<sup>48</sup>.

A análise do princípio da *ultima ratio* no Direito Penal europeu, por sua vez, vai além de sua incidência normal nos direitos nacionais. A União Europeia, ao colocar o indivíduo como seu foque central, “apenas

---

da missão do Direito Penal constituir em assegurar os cidadãos uma convivência livre e pacífica, o Direito Penal caracteriza-se, por conseguinte, por ser a proteção de bens jurídicos. E estes, por sua vez, correspondem á todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, á realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade”. Claus Roxin aponta que a amplitude do conceito de bem jurídico é o fator que muitas vezes lhe confere um papel secundário na análise do Direito Penal. E, para isto, o autor demonstra com casos práticos como a ausência de bem jurídico torna desnecessária a norma penal, aproximando o conceito da realidade (Por exemplo, que há ausência de bem jurídico a ser tutelado penalmente na situação de homossexualidade entre homens adultos e na posse de pornografia juvenil, já que é plenamente possível que jovens não vulneráveis tenham relações sexuais consentidas). No mesmo plano de relevância que o conceito de bem jurídico, encontra-se o princípio de subsidiariedade. Isto pois, o princípio da subsidiariedade, consubstanciado na máxima de que a pena, tida como a mais grave das sanções, só deve ser convocada quando outros meios menos graves se mostrem insuficientes, ocupa o mesmo “plano do princípio do bem jurídico e possui um significado político-criminal equivalente. Por conseguinte, pode reconhecer-se ao Direito Penal a função de “proteção subsidiária de bens jurídicos” (ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v. 23, n.1, 2013, p.12-25).

<sup>48</sup> INITIATIVE, 2011, p.87.

pode demandar que uma ação seja criminalizada caso necessário para proteger um interesse fundamental e se todas as outras medidas se provarem insuficientes para salvaguardar esse interesse”, já que a sanção penal resulta em estigmatização do indivíduo, o que afeta significativamente os direitos dos cidadãos tutelados pela própria União<sup>49</sup>.

O princípio da culpa, ou da *mens rea*, garante que o Direito Penal seja usado apenas contra condutas que sejam seriamente prejudiciais à sociedade ao tornar a culpa individual repreensível elemento essencial para a criminalização de uma conduta<sup>50:51</sup>.

Dada sua relevância, o princípio da legalidade deriva de variados instrumentos legislativos da União: do artigo 6º, nº3, do Tratado da União Europeia, do artigo 7º, nº1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do artigo 49º, nº1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Ademais, por sua complexidade, subdivide-se em outros princípios que merecem atenção na análise da incidência de norma penal: (i) a necessidade de uma lei certa, ou seja, de uma lei que permita que os indivíduos possam prever as ações que irão lhes tornar responsáveis criminalmente; (ii) a não retroatividade da lei penal com exceção dos casos em que a lei penal nova é mais benéfica ao arguido; e (iii) a impossibilidade de incidir pena sem lei prévia<sup>52:53</sup>.

O princípio da subsidiariedade, como no caso do Direito Penal como *ultima ratio*, possui uma análise específica ao âmbito da União Europeia. A subsidiariedade para a União faz com que o legislador apenas

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>50</sup> Não é qualquer culpa que justifica a intervenção penal, mas sim aquela essencialmente repreensível. Ademais, importante notar que a essencialidade da culpa dentro do sistema de sanções da União Europeia (tanto penais quanto administrativas) deriva da própria presunção de inocência contida no artigo 48º, nº 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,

<sup>51</sup> INITIATIVE, loc.cit.

<sup>52</sup> O último sub-princípio é o responsável por caracterizar de modo geral o princípio da legalidade, ao proibir a existência de pena sem lei prévia. É esta afirmação que torna essencial o processo democrático a fim de tornar legais e constitucionalmente justificáveis as leis penais editadas em um país. Entretanto, a legitimidade democrática ao nível da União Europeia ainda não é incontroversa na doutrina, já que a União não possui um processo legislativo democrático próprio, dependendo, portanto, da legitimação através de seus Estados-Membros (RODRIGUES, 2008, p.239).

<sup>53</sup> INITIATIVE, 2011, p.89-91.

possa tomar medidas criminais se o objetivo almejado não puder ser alcançado de maneira mais efetiva ao nível nacional e se, por sua natureza ou âmbito, puder ser mais bem atingido no nível da União. Ademais, o teste a respeito da subsidiariedade do Direito Penal deve ser realizado em todos os casos concretos, sendo esta análise realizada em consonância com o previsto no Protocolo nº 2 no âmbito do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>54:55</sup>.

Por fim, o princípio da coerência é aquele necessário para assegurar a aceitação de uma norma criminal e de extrema importância devido ao caráter invasivo do Direito Penal, que torna especialmente importante assegurar que todo sistema criminal seja um sistema coerente. O reflexo deste princípio na União Europeia, para além da relevância da harmonização das normas penais a partir da transposição de instrumentos legislativos europeus, é baseado no fato de que o legislador europeu não pode deixar para segundo plano a coerência das normas penais nacionais, “que constituem parte da identidade dos Estados-Membros e são protegidas pelo artigo 4º, nº2, do Tratado da União Europeia.” Portanto, as penas previstas em diferentes instrumentos da União, sejam elas mínima ou máxima, não podem criar a necessidade de aumento do limite máximo da pena no Direito Penal nacional, de modo a conflitar com o sistema já existente<sup>56:57</sup>.

---

<sup>54</sup> A relevância da incidência do princípio da subsidiariedade, bem como o da proporcionalidade, é evidente a partir da análise do Protocolo nº 2 no âmbito do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, relativo especificamente à aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. Isto pois, é a partir deste protocolo que os princípios gerais de subsidiariedade e proporcionalidade tomam forma concreta, passando a ser obrigatoriamente aplicáveis em todas as propostas legislativas (não só penais) e envolvendo, além dos órgãos da União, os parlamentos nacionais.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 90-91.

<sup>56</sup> Esta preocupação da European Criminal Policy Initiative em relação à definição de penas pela União Europeia e sua consequente possibilidade de incoerência em relação aos sistemas nacionais é minimizada ao analisarmos a realidade das atuais Diretivas penais. Afinal, como já estudado anteriormente neste trabalho, de modo geral a União Europeia limita-se a definir as penas como “efetivas, proporcionadas e dissuasoras” e, em casos específicos e limitados de criminalidade grave, definir o limite mínimo das penas máximas.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 91.

Assim, inegáveis os trabalhos no sentido de garantir a subsidiariedade do Direito Penal europeu, em confronto com o panorama anteriormente apresentado de sua expansão. De modo que, a despeito de não se impedir a legislação penal na União Europeia, criem-se barreiras a partir da incidência de princípios gerais, aplicados de modo concreto e caso a caso, a uma criminalização extrema e desconforme com a ideia de *ultima ratio*.

### **3. A MEDIAÇÃO PENAL COMO ALTERNATIVIDADE AO DIREITO PENAL CLÁSSICO SANCIONADOR**

Passamos então, a adentrar especificamente no tópico sobre a Mediação Penal de Adultos portuguesa com o fito de compreender de que forma este instituto processual penal pode ser chave na alternatividade e, enfim, subsidiariedade, para o Direito Penal Europeu em expansão. Destarte, analisar-se-á inicialmente o procedimento da Mediação Penal de Adultos, para então serem especificados os conceitos essenciais derivados deste instituto, como o são a desjudiciarização e a Justiça Restaurativa, assim como o modo pelo qual a Mediação Penal é alternativa ao Direito Penal Europeu e as críticas devidas ao assunto.

A Mediação Penal de Adultos deriva da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em processo penal, a qual, em seu artigo 10º exigia que os Estados-Membros promovessem, até 22 de março de 2006, a mediação nos processos penais em infrações que considerem adequadas.

A Mediação Penal de Adultos, nos termos da Decisão-Quadro 2001/220 foi transposta para o sistema penal português a partir da Lei nº 21, de 12 de junho de 2007. O procedimento português para a Mediação Penal de Adultos prevê que a mesma pode acontecer durante a fase processual do inquérito, apenas para crimes que dependam de queixa, caso forem contra a pessoa ou o patrimônio, ou de acusação particular, sendo excluídos os crimes para os quais é previsto pena de prisão maior que cinco anos, crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual, crimes de peculato, corrupção ou tráfico de influência, assim como os casos nos quais o ofendido seja menor de 16 anos de idade e nos quais sejam aplicáveis o processo sumário ou sumaríssimo.

A Mediação Penal depende da atuação do Ministério Público, o qual pode, durante o inquérito, designar um mediador ou, então, da atuação do próprio ofendido e/ou arguido, os quais podem requerê-la de forma espontânea. Em qualquer dos cenários anteriores, cabe ao Ministério Público designar o mediador penal, o qual, por sua vez, entrará em contato com o ofendido e com o arguido a fim de obter o consentimento livre e esclarecido das partes, bem como informar seus direitos e deveres derivados da mediação.

A partir deste ponto dará lugar, extrajudicialmente, a Mediação Penal; a partir da qual o arguido e o ofendido poderão fixar acordo de livre conteúdo, o qual, entretanto, não pode sobremaneira estipular qualquer tipo de sanção privativa de liberdade ou imposição de deveres que ofendam a dignidade da pessoa<sup>58</sup>. Para esta Mediação Penal extrajudicial não haverá pagamento de custas processuais e nas sessões de mediação devem comparecer pessoalmente o mediador, o arguido e o ofendido, podendo estes últimos dois estarem acompanhados de advogado ou advogado estagiário<sup>59</sup>.

Não obstante, ressalta-se que na impossibilidade de obtenção de acordo ou não finalização do processo de mediação no prazo de três meses – prorrogáveis por mais dois meses a pedido do mediador - contados da sua remessa inicial para mediação, é dever do mediador informar a situação ao Ministério Público a fim de que seja dada sequência ao processo penal regular. Ademais, que, a qualquer tempo, pode também haver retorno ao processo penal regular caso ofendido ou arguido revoguem seu consentimento para a participação da mediação; fator este que salienta a natureza consensual da Mediação Penal.

Resultando acordo da mediação, seu teor deverá ser reduzido a escrito em documento com assinatura de ambos, arguido e ofendido, a

---

<sup>58</sup> LEITE, André Lamas. Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. XI, 2014, p.14-17.

<sup>59</sup> Considera-se advogado estagiário em Portugal o graduado em curso universitário (denominado licenciatura em Direito) que esteja em formação para advogado conforme as normas do Regulamento /nacional de Estágio da Ordem dos Advogados (ORDEM DOS ADVOGADOS. *Regulamento Nacional de Estágio*. Disponível em: < <https://portal.oa.pt/media/114701/regulamentonacional-de-estagio.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

fim de ser transmitido pelo mediador ao Ministério Público. Infere-se, a partir da assinatura do acordo, a desistência do direito à queixa por parte do ofendido e não oposição pelo arguido. Sendo que na hipótese de não cumprimento do acordo no prazo fixado, o ofendido tem o direito a renovar a queixa em um mês a fim de reabrir o inquérito. Frisa-se também que pode haver não cumprimento do acordo por parte do ofendido caso este renove sua queixa independentemente do cumprimento do mesmo pelo arguido e que, nesta situação, o Ministério Público será o responsável para análise do ocorrido, podendo recorrer aos serviços de reinserção criminal, órgãos de polícia criminal e outras entidades administrativas.

É pelo fato da Mediação Penal de Adultos ter lugar extrajudicialmente, portanto, que a mesma é meio de desjudiciarização<sup>60</sup>, a qual pode ser tida como meio eficiente de fuga ao Direito Penal clássico e deixá-lo, portanto, como instrumento subsidiário e, de fato, então, como *ultima ratio* para além dos princípios gerais analisados no tópico anterior deste trabalho.

A desjudiciarização, conforme proposto por José de Faria Costa, “tem de ser entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico-penal

---

<sup>60</sup> De relevância notar que a desjudiciarização, ou seja, o tratamento extrajudicial de ações criminosas traz como dificuldade a possibilidade de que seja possível afirmar que há a retirada do poder punitivo do Estado. Entretanto, e como proposto por Nils Christie já em 1977, a desjudiciarização pode ser entendida, na realidade, como um retorno do conflito a quem realmente lhe compete. Dado que, segundo o autor, o Estado haveria retirado conflitos puramente pessoais de seus cidadãos a torna-los tipos penais a serem processados sob a égide da justiça estatal (CHRISTIE, Nils. *Conflicts as Property. The British Journal of Criminology*, v.17, n. 1, 1977, p.6). Outra perspectiva para essa problemática é dada pela Doutora Cláudia Cruz Santos, de que não haveria um problema de roubo de conflito pois, concretamente, tratam-se de dois tipos de conflitos diferentes, um de dimensão coletiva e outro de dimensão individual que devem ser tratados em razão de suas particularidades ou seja, respectivamente pelo Direito Penal e pela justiça restaurativa a partir de uma desjudiciarização (SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação Penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojeto que introuza a mediação penal “de adultos” em Portugal. In: COSTA, José de Faria (org.); SILVA, Marco Antônio M. (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.470-471). Percebe-se que a não dedução de acusação, portanto, tem implicações que resultam em uma discussão referente à quem pertence o conflito penal. Discussão esta que, por sua relevância merece um tratamento mais aprofundado que se distancia do objeto desta pesquisa.

fora do processo normal da justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento (...) que tenham lugar antes da determinação ou declaração da culpa, ou depois da determinação da culpa”<sup>61</sup>.

Sendo que um possível instrumento para a desjudicialização passa pela criação de um processo penal conciliatório – como por meio da própria Mediação Penal<sup>62</sup>. A proposta do processo penal conciliatório, conforme Hassemer, sustenta-se na própria ideia de “um sistema penal mínimo, a se fazer por meio de uma legislação criminal subsidiária e fragmentária, isto é, que proteja tão somente aqueles bens jurídicos que os demais ramos do direito se revelarem ineficazes para tutelar”<sup>63</sup>.

A ideia por trás de um processo penal conciliatório é, então, aproximar os sujeitos processuais para que estes, em conjunto, encontrem a melhor solução legal a fim de pacificar a tensão causada pela prática do delito. Serve positivamente, portanto, “tanto em relação às finalidades tradicionais, preventivas, do Direito Penal, quanto ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à reabilitação do autor”<sup>64</sup>.

As propostas de diversão, com soluções baseadas em intervenção mínima, não-estigmatização do agente e economia processual, por exemplo, inserem-se em um ambiente sócio jurídico contemporâneo

<sup>61</sup> COSTA, José de Faria. Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.XLI, 1985, p.106.

<sup>62</sup> Não diminuindo a importância da desjudicialização e, mais especificamente, de um processo penal de consenso por meio da mediação como forma de alternatividade ao Direito Penal clássico, de maneira a garantir a subsidiariedade deste último, é importante ressaltar que o consenso não surge no Direito Penal única e exclusivamente com este objetivo. Ao contrário, o processo penal de consenso se insere em um movimento maior consistente em dar maior relevância à vítima como sujeito processual. É um movimento de duas faces com maior importância nas décadas de 60 e 70 do século passado, o qual, ao mostrar a vítima como sujeito processual que deve ser protegido e cuidado, justifica o incremento punitivo, mas que, por outro lado, permite a criação de instrumentos diversos do Direito Penal clássico, como a mediação penal (LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v.24, n.4, 2014, p. 582-592).

<sup>63</sup> HASSEMER, Winfried. La percecucion penal: legalidad y oportunidad. *Revista de Derecho Penal*, n. 2, 2001, p.71.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p.61.

que exige uma maior flexibilidade do princípio da legalidade, conforme proposto por Pedro Caetano, sem que sejam prejudicadas as exigências constitucionais e democráticas de prevenção e defesa de bens jurídicos. Neste sentido, é justamente no espaço da pequena e média criminalidade que o princípio da legalidade será mais limitado nas situações em que as “exigências de prevenção não justifiquem os custos da intervenção do sistema formal típico”<sup>65</sup>.

Ou seja, a diversão por meio da Mediação Penal também pode ser entendida a partir da limitação do princípio da legalidade, na mesma medida em que se confere maior atenção ao princípio da oportunidade, nos casos em que não haja real necessidade para uma intervenção criminal. Ou, em outras palavras, nos casos em que não haja bem jurídico a ser tutelado exclusivamente pelo meio criminal, incidindo nesta análise os princípios enumerados pela *European Criminal Policy Initiative*.

Para mais, a Mediação Penal é instrumento de um movimento maior referente ao pensamento da justiça restaurativa<sup>66:67</sup>. É a partir da

---

<sup>65</sup> CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, n. 84, 2000, p. 45-47.

<sup>66</sup> No mesmo sentido propõe Anabela Rodrigues que há uma substituição progressiva “de uma justiça penal crassamente punitiva por uma justiça penal restaurativa”. Sendo a Mediação Penal de Adultos instrumento restaurativo que volta-se à “satisfação moral ou material da vítima”, não devendo incidir, entretanto, caso não possibilite a satisfação do “reestabelecimento da confiança e da paz jurídicas abaladas pelo crime e de reabilitação do autor do crime”, finalidades tradicionais do Direito Penal que não devem ser abandonadas (RODRIGUES, 2006, p.131). Saber se a Mediação Penal de Adultos atende ou não às finalidades primárias de prevenção do Direito Penal parece voltar à discussão já proposta em nota de rodapé anterior acerca da desjudicialização possivelmente retirar o conflito do Estado. E, como já analisado, concorda-se com a visão proposta por Cláudia Cruz Santos no sentido de que não há real retirada do poder punitivo do Estado, já que a Mediação Penal é pensada para um conflito diferente daquele que cuida o Direito Penal clássico, ou seja, de que “o crime, enquanto acontecimento histórico uno, pode ter várias dimensões e suscitar problemas diversos, a que distintos sistemas devem dar respostas” (SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, Dois Conflitos. E a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.17, n. 3, 2007, p.472).

<sup>67</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação penal: uma solução divertida? In: FRANCO, Alberto (org.) et al. *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: tendências de*

justiça restaurativa que uma parte do poder em relação à resolução do conflito penal é atribuída aos seus autores, “uma experiência de justiça conformada, uma parcela de autonomia que joga bem com a democracia e que, aliás, tem sido uma das razões – se não a principal, pela qual o movimento é, em regra, bem acolhido pelos órgãos decisórios dos Estados”<sup>68</sup>.

Ainda neste sentido, aponta Raffaella Pallamolla<sup>69</sup>, que apesar da Justiça Restaurativa possuir um conceito aberto e fluído, o qual varia conforme as experiências restaurativas praticadas, é possível afirmar que há em comum aos conceitos encontrados a noção de “encontro, reparação e transformação”.

Por conseguinte, a Mediação Penal de Adultos, ao propor uma forma eminentemente voluntária<sup>70</sup> de participação pelos sujeitos processuais (os quais inclusive podem renunciar a qualquer momento ao seu consentimento) na qual almeja-se encontrar uma solução consensual para a resolução do conflito penal a partir de sessões de encontro pessoais entre o ofendido e o arguido com o objetivo concreto de encontrar uma imposição que – para além de prevenir como em uma função da pena regular no curso do processo penal - repare o dano sofrido, pode ser entendida como instrumento da Justiça Restaurativa.

Anota-se ainda neste sentido que, em razão de como está prevista na Lei nº21 de 2007 em Portugal, a Mediação Penal de Adultos pode ser classificada como uma modalidade restaurativa em um verdadeiro *dual track model* ao operar “lado a lado” com o sistema de justiça criminal e, ao mesmo tempo, manter uma independência normativa em relação àquele. Neste modelo também, como visualizamos na Mediação Penal, há uma “cooperação eventual entre os sistemas através de passagens que permitem aos participantes mudar de um sistema para o outro”<sup>71</sup>.

---

*reforma*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.36.

<sup>68</sup> LEITE, André Lamas. Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou Complementaridade da mediação Penal à luz das Finalidades do Sancionamento. *Revista do Ministério público*, v.30, n. 117,2009, p.90.

<sup>69</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.54 ss; 106.

<sup>70</sup> A importância da voluntariedade para mecanismos restaurativos também é apontada em PALLAMOLLA, 2009, p.83.

<sup>71</sup> PALLAMOLLA, 2009, p. 85.

Portanto, a partir da incidência da Mediação Penal torna-se possível, mais que ganhos econômicos, ganhos para o agente da infração, o qual acaba por não ter contato com o sistema penal ou mesmo um contato mais intenso com as instâncias formais de controle, para a vítima que sofre a reparação dos danos sofridos e, inclusive, para a comunidade, a qual é beneficiada a partir de uma pacificação social feita entre iguais por meio de um processo participativo<sup>72</sup>.

Nestes termos, a partir da Mediação Penal como meio alternativo ao processo penal regular sancionador, baseado amplamente em penas privativas de liberdade e na estigmatização dos agentes envolvidos, pode-se chegar a uma solução divertida e mais benéfica para todos os envolvidos<sup>73</sup>. Em suma, e como proposto por Cláudia Santos são, ainda, as ideias de *ultima ratio* e de subsidiariedade que se perseguem com a Mediação Penal e a justiça restaurativa<sup>74</sup>.

Entretantes, conforme analisado previamente acerca da competência penal da União Europeia, a Decisão-Quadro 2000/220/JAI apenas estabelece o mínimo que deve ser adotado pelos Estados-Membros. Desta forma, e conforme já supratratado, a referida Decisão-Quadro tão-somente traz em seu 10º artigo uma estipulação geral de que haja o esforço por parte de cada Estado-Membro para promover a Mediação Penal nas infrações que considere adequadas e que sejam válidos quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração. Enquanto, por outro lado, a Lei nº 21 de 2007 vai além e expande as noções com relação ao âmbito de incidência, procedimento etc.

---

<sup>72</sup> SANTOS, 2006, p. 380-381.

<sup>73</sup> Outra questão que se coloca é a real utilização do instrumento de Mediação Penal de Adultos no sistema judiciário português. Neste sentido, de acordo com os dados disponibilizados pela Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ), apenas tiveram 05 casos de mediação penal no ano de 2014; não havendo outros (DGPJ, 2015). Ademais, conforme análise estatística realizada por Leonel M. dos Santos, baseado nos dados disponibilizados pela DGPJ, a Mediação Penal de Adultos é aplicada quase que exclusivamente para crime de ofensas à integridade física simples, ameaça e difamação; sendo certo de que há uma baixa taxa de sucesso de 25% dentre os anos de 2008 à 2012 (M. DOS SANTOS, Leonel. *Justiça Restaurativa: a mediação em processo penal em Portugal até 2012*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-criminais. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013, p.47-49).

<sup>74</sup> SANTOS, 2008, p.41.

Neste sentido, pode-se criticar que, por se tratar de um instrumento aplicável nestes moldes apenas a Portugal e não a toda a União Europeia, não seria de fato capaz de conter a analisada expansão do Direito Penal europeu. Entende-se, entretanto, que apenas a relevância dada pela Decisão-Quadro à Mediação Penal já é, por si, importante ao trazer esta forma eminentemente alternativa ao processo penal regular sancionador<sup>75-76</sup>.

Por conseguinte, a Mediação Penal de Adultos, por ser um meio de desjudicialização e alternatividade, em princípio previsto nos próprios quadros legislativos da União Europeia e passível de maior exploração pelos Estados-Membros, é capaz de ser percebida como

---

<sup>75</sup> Também neste sentido entendemos que a limitação da Mediação Penal de Adultos em Portugal para crimes cuja pena em abstrato não exceda à 05 anos de prisão, para além de excetuar os casos de criminalidade grave em razão do tipo objetivo ou subjetivo - por serem contra a liberdade ou autodeterminação sexual ou envolverem ofendidos menores de 16 anos, por exemplo, também não diminui a relevância deste instrumento como meio de alternatividade a um Direito Penal sancionador em expansão. Ou seja, a Mediação Penal de Adultos pode não incidir nos casos de crimes cujos bens jurídicos coletivos com dignidade penal estão a ser incluídos cada vez mais nos instrumentos da União Europeia, mas como um procedimento que surge por si mesmo em uma Decisão-quadro tem sua própria relevância como meio divertido de resolução do conflito penal.

<sup>76</sup> Ressalta-se também que, apesar de serem válidas as críticas no sentido de que a justiça restaurativa pode sim ter como consequência indireta e informalizada a expansão do Direito Penal (como em razão do fato de permitir uma ênfase na vingança privada, já que a vítima como sujeito envolvido no conflito não tem “capacidade de sublimação (...) e acaba por internalizar desejos de vingança, respondendo irracionalmente (desproporcionalmente) ao agressor” (CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo (org.) e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002, p. 147), não é apenas pelo fato da Mediação Penal de Adultos ser uma forma de justiça restaurativa que a vemos como um instrumento positivo no que toca à alternatividade e assegurar da subsidiariedade do direito penal. A vemos como tal, em realidade, porque a mediação penal, apesar de propor um acordo de livre estipulação entre as partes, em Portugal, limita o conteúdo do mesmo para que não haja incidência de penas restritivas de liberdade ou que atentem contra a dignidade da pessoa.

instrumento capaz de contradizer ou, ainda mais a fundo, conter o Direito Penal europeu em expansão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, perceptível a existência de uma expansão do Direito Penal europeu sob duas perspectivas: (1) inicialmente, a partir da construção de um Direito Penal europeu autônomo e forte no sentido de assegurar, ao final (atual) de uma evolução do espaço regional europeu, uma União com competência própria em matéria penal e a vigência de ideais de harmonização; (2) ainda, um Direito Penal europeu caracterizado por uma incriminação progressiva de condutas e agravamento da persecução penal.

Ademais, que a relevância do tratamento do Direito Penal europeu a partir da perspectiva da subsidiariedade da tutela penal não é novidade para a doutrina ou para a própria União Europeia. Afinal, seja por parte de iniciativas como a dos juristas membros da *European Criminal Policy Initiative*, da Comissão ou mesmo dos Estados-Membros em virtude da vigência do Tratado de Direitos Fundamentais da União Europeia, a subsidiariedade do Direito Penal não é relevada a um segundo plano e continua como elemento interpretativo essencial para a validade e vigência das normas penais.

Por fim, que o instituto da Mediação Penal de Adultos, especialmente como concebido na Lei nº21/2007 em Portugal, é alternativa viável ao Direito Penal clássico sancionador ao permitir que determinados crimes de pequena e média criminalidade sejam resolvidos fora do processo penal, a partir de uma solução conciliatória entre o ofensor e a vítima e de maneira a evitar a pena privativa de liberdade, ou seja, a sanção clássica do Direito Penal que lhe confere o caráter de subsidiariedade.

## REFERÊNCIAS

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando (org.); MACHADO, Jonatas (org.) et al. *Estudos em*

*homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 179-210.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Portugal, n. 84, p. 31-47, 2000.

CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. *The British Journal of Criminology, Oxford*, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977. <https://doi.org/10.4324/9781351150125-2>

COMISSÃO, Comunicação da. Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao Direito Penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0573&qid=1518522030423&from=EN>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

COSTA, José de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra*, v. XLI, 1985.

DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto). *Revista de Legislação e Jurisprudência*. v.135, n. 3935, p.73-89, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícia, 1993.

DGPJ. Dados Estatísticos sobre Mediação Penal da Direcção-Geral da Política de Justiça. Disponível em <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/numeros-dos-sistemasde/downloadFile/attachedFile\\_f0/20150706\\_MediacaoPublica2.pdf?nocache=1436282104.34](http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/numeros-dos-sistemasde/downloadFile/attachedFile_f0/20150706_MediacaoPublica2.pdf?nocache=1436282104.34)>. Acesso em: 07 mai. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Estudios de Derecho*, v. 145, n. LXVI, p.15-29, 2008.

HASSEMER, Winfried. La percecucion penal: legalidad y oportunidad. *Revista de Derecho Penal*, n.2, 2001.

INITIATIVE, European Criminal Policy. *The Manifesto on European Criminal Policy in 2011*. <https://doi.org/10.5235/219174411798862659>

LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da Mediação Penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 24, n. 4, p. 577-613, 2014 (a).

LEITE, André Lamas. Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou Complementaridade da Mediação Penal à luz das Finalidades do Sancionamento. *Revista do Ministério público*, v.30, n. 117, p.85-126, 2009.

LEITE, André Lamas. Uma leitura humanista da Mediação Penal. Em especial, a mediação pós sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. XI, p. 9-332, 2014 (b).

M. DOS SANTOS, Leonel. *Justiça Restaurativa: a mediação em processo penal em Portugal até 2012*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-criminais.. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013.

MIETTINEN, Samuli. *Criminal Law and Policy in the European Union*. Londres: Routledge, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal. *Revista do Ministério Público*, v.27, n. 105, p.129-134, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.23, n.1, p.7-43, 2013.

ROXIN, Claus. La positione dela vittima nel sistema penale. *L'indice Penale*, n. XXIII, p. 5-18, 1989.

SANTOS, Cláudia Cruz. A Mediação Penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a Mediação Penal “de adultos” em Portugal. In: COSTA, José de Faria (org.); SILVA, Marco Antônio M. (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 373-398.

SANTOS, Cláudia Cruz. A Mediação Penal: uma solução divertida? In: FRANCO, Alberto (org.) et al. *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: tendências de reforma*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.31-42.

SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, Dois Conflitos. E a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.17, n. 3, p. 459-474, 2007.

SILVA, Paulo Maycon Costa. O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal na União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, n. 25, p. 409-434, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

TAMPERE, Conselho Europeu. *Conclusões da presidência do Conselho de Tampere*. 1999. Disponível em < [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_pt.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2018.

### **Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)**

*Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):* a autora confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

*Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship):* todas e somente as pessoas que atendem os requisitos de autoria deste artigo estão listadas como autores; todos os coautores se responsabilizam integralmente por este trabalho em sua totalidade.

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 27/08/2018
- Aviso de deslocamento ao V5N1: 31/08/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/10/2018
- Avaliação 1: 09/11/2018
- Avaliação 2: 11/11/2018
- Avaliação 3: 20/11/2018
- Decisão editorial preliminar: 22/01/2019
- Retorno rodada de correções: 04/02/2019
- Decisão editorial final: 05/02/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Editor-assistente: 1 (MJV)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Marina O. T. A expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternativa a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 219-251, jan./abr. 2019.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.189>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.