



Revista
Brasileira de
**Direito
Processual
Penal**

Volume 5 - Nº 02 - mai./ago. 2019

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2>

*Dossiê "Cooperação Judiciária
Internacional em Matéria Penal"*



IBRASPP

EXPEDIENTE / MASTHEAD

EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Instituto Brasiliense de Direito Público/DF; Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO)

EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

Prof. Dr. André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul– Porto Alegre/RS)

Prof. Dra. Bruna Capparelli (*Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna/ Itália)

Prof. Dr. Caíque Ribeiro Galícia (Faculdade Campo Grande e Faculdade Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS)

Prof. Dr. Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra/Portugal)

EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Dr. Armando Dias Ramos (Universidade Autónoma de Lisboa – Lisboa/PT)

Prof. Dra. Érica Babini Machado (Universidade Católica de Pernambuco – Recife/PE)

Prof. Me. Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra – Coimbra/PT)

Prof. Me. Rafael de Deus Garcia (Universidade de Brasília – Brasília/DF)

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Estadual do Maranhão – São Luís/MA)

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

- Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Itália
- Prof. Dr. Francesco Caprioli, Università degli Studi di Torino, Itália
- Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Portugal
- Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália
- Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Espanha
- Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Itália
- Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, Espanha
- Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autônoma de Lisboa, Portugal
- Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, Estados Unidos
- Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália
- Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Itália
- Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Espanha
- Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Uruguay
- Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Itália
- Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Portugal
- Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Itália
- Profa. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Espanha
- Profa. Dra. Vania Patané, Università degli Studi di Catania, Itália

PARECERISTAS (DESTE NÚMERO) / REVIEWERS (OF THIS NUMBER)

- Adriana Ferreira Serafim de Oliveira (Universidade Estadual Paulista – Rio Claro/SP)
- Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES)
- Ana Cláudia Carvalho Salgueiro (Universidade de Coimbra/Portugal)
- Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/Espanha)
- André Ferreira de Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)
- André Luis Jardim Barbosa (Faculdade Autônoma de Direito - São Paulo)
- António Abrantes (Universidade de Coimbra/Portugal)

Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF)

António Vaz de Castro (Universidade de Coimbra/Portugal)

Arthur Levy Brandão Kullo (Universidade de Coimbra/PT)

Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt/Alemanha)

Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC)

Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)

Denis Andrade Sampaio (Faculdade de Direito de Lisboa/Portugal)

Diogo Malan (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ)

Fernanda Regina Vilares (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - GVLaw - São Paulo/SP)

Fernando Nogueira Martins Júnior (Universidade Federal de Lavras - Lavras/MG)

Flávio Cardoso Pereira (Ministério Público de Goiás - Goiânia/GO)

Gilvardo Pereira de França Filho (Universidade de Coimbra/Portugal)

Irene Wiczorek (University of Cambridge/Université de Bruxelles)

João Paulo Orsini Martinelli (Instituto de Direito Público - São Paulo/SP)

José de Assis Santiago Neto (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)

Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid/Espanha)

Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide/Espanha)

Luiza Nivea Dias Pessoa (Universidade de Coimbra/Portugal)

Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG)

Marcelo Sarsur Lucas da Silva (Centro Universitário Newton Paiva - Belo Horizonte/MG)

Márcio Ricardo Ferreira (Universidade de Salamanca/Espanha)

Marcus Alan Gomes (Universidade Federal do Pará - Belém/PA)

Matheus Herren Falivene de Sousa (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)

Michele Caianiello (Università di Bologna/Italia)

Michelle Girona Cabrera (PUCPR - Curitiba/PR)

Niovi Vavoula (Queen Mary University of London)

Nuno Brandão (Universidade de Coimbra/Portugal)

Pedro Henrique Marcheri (Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP)

Priscilla Placha Sá (Universidade Federal do Paraná - Curitiba/PR)
Raquel Preciosa Tomás Cardoso (Universidade de Coimbra/Portugal)
Rodrigo Régner Chemim Guimarães (Unicuritiba - Curitiba/PR)
Serena Quattrococo (Università del Piemonte Orientale/Italia)
Sónia Fidalgo (Universidade de Coimbra/Portugal)

**AUTORES DE ARTIGOS ORIGINAIS (DESTE NÚMERO) /
AUTHORS OF ORIGINAL ARTICLES (IN THIS NUMBER)**

Ana Paula Gonzatti da Silva (Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal)
Anna Carolina Canestraro (Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal)
Bruno Cavalcante Leitão Santos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)
Celso Costa Lima Verde Leal (Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal)
Daniel Leonhardt dos Santos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)
Eduardo Bolsoni Riboli (Universidade de Lisboa – Portugal)
Fábio Ramazzini Bechara (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra/Portugal)
Gianpaolo Poggio Smanio (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Hugo Leonardo Rodrigues Santos (Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL)
Jorge Bheron Rocha (Universidade de Fortaleza – Fortaleza/Ceará)
Karin Bianchini Girardi (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Katixa Etxebarria Estankona (Universidad del País Vasco/España)
Laura Álvarez Suárez (Universidad de Oviedo – España)
Lucas Ribeiro Garro (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)
Margarida Santos (Universidade do Minho – Braga/Portugal)
Miguel João Costa (Tribunal Constitucional Português – Portugal)
Miguel Manero de Lemos (University of Macau – Macau)
Stefano Montaldo (University of Turin – Italy)
Teresa Lancry Robalo (University of Macau – Macau)
Valsamis Mitsilegas (Queen Mary University of London – Inglaterra)

Sumário

Table of contents

- 551** ***Dossiê:***
Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal
International Judicial Cooperation in Criminal Matters
- 553 Editorial do dossiê “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal” - Problemas actuais em perspectiva global
Editorial of the dossier “International Judicial Cooperation in Criminal Matters” – Current problems in a global perspective
Pedro Caeiro
- 565 The European Model of Judicial Cooperation in Criminal Matters: Towards Effectiveness based on Earned Trust
O modelo europeu de cooperação judiciária em matéria penal: em busca de uma efetividade baseada em confiança merecida
Valsamis Mitsilegas
- 597 A territorialidade no contexto da criminalidade global: considerações sobre a influência do ciberespaço na delimitação jurisdicional
Territoriality in the context of global crime: reflections of the impact of cyberspace on jurisdictional delimitation
Daniel Leonhardt dos Santos
- 623 Cooperação internacional em matéria de lavagem de dinheiro: da importância do auxílio direto, dos tratados internacionais e os mecanismos de prevenção
International cooperation on money laundering: the importance of direct assistance, international treaties and prevention mechanisms
Anna Carolina Canestraro
- 659 Dados de comunicação privada eletrônica, jurisdição e cooperação jurídica internacional: Brasil e Estados Unidos
Electronic communication data, jurisdiction and international legal cooperation: Brazil and United States
Ana Paula Gonzatti da Silva

- 703 Cooperação jurídica internacional na Operação “Lava Jato”: análise crítica a partir da diversidade entre os sistemas jurídicos nacionais
International legal cooperation in “Lava Jato” Case: a critical analysis based on the diversity of national legal systems
Fábio Ramazzini Bechara
Gianpaolo Poggio Smanio
Karin Bianchini Girardi
- 737 Judicial cooperation in criminal matters in the Special Administrative Regions of Hong Kong and Macau. Through the lens of “one country, two systems” and the surrender of fugitives to Mainland China
Cooperação judiciária em matéria criminal nas Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau. À luz do “um país, dois sistemas” e da entrega de fugitivos à China Continental
Miguel Manero de Lemos
Teresa Lancry Robalo
- 773 Policies of International Friendship in Judicial Cooperation in Criminal Matters: The Non-Extradition of Brazilian and Portuguese Nationals to Third States – A Comparison with EU Law
Políticas de Amizade Internacional na Cooperação Judiciária em Matéria Penal – A Não-Extradição de Nacionais Brasileiros e Portugueses para Terceiros Estados (Comparação com o Direito da UE)
Miguel João Costa
- 819 A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldades
The harmonization of legislative provisions in criminal matters as an instrument of judicial cooperation in the European Union: goals and difficulties
Eduardo Bolsoni Riboli
- 855 A Tutela dos Direitos Fundamentais no Âmbito do Mandado de Detenção Europeu: Análise da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia
The Protection of Fundamental Rights under the European arrest warrant: An examination of the case law of the Court of Justice of the European Union
Celso Costa Lima Verde Leal

- 889 Permanência, nacionalidade e residência do procurado como causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu: o caso português

Staying in, nationality and residence of the requested person as grounds for optional non-execution of the European arrest warrant: the Portuguese case

Jorge Bheron Rocha

- 925 Offenders' rehabilitation and the cross-border transfer of prisoners and persons subject to probation measures and alternative sanctions: a stress test for EU judicial cooperation in criminal matters

Reabilitação e transferência internacional de prisioneiros e pessoas sujeitas a medidas restritivas e penas alternativas: uma questão problemática para a cooperação judiciária na UE em matéria penal

Stefano Montaldo

- 961 La protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Especial referencia al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil

The protection of victims of gender violence in the Europe Union. Special reference to the mutual recognition of protection measures in civil matters

Katixa Etxebarria Estankona

- 999 A implementação da Procuradoria Europeia – a emergência de um modelo de intervenção penal entre a cooperação e a integração penal?

The implementation of the European Public Prosecutor's Office – the emergence of a model of criminal intervention between cooperation and criminal integration?

Margarida Santos

1039 Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of Criminal Procedure

- 1041 Práticas judiciais no campo criminal e a construção das **verdades** na persecução penal: um debate a partir de Michel Foucault

Legal practices in the criminal field and the construction of truths in criminal persecution: a debate grounded on Michel Foucault

Bruno Cavalcante Leitão Santos

Francisco de Assis de França Júnior

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

1073 Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

1075 La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español

Criminal mediation and its prohibition in cases of gender violence: the Spanish model

Laura Álvarez Suárez

1107 Furto de gado, ação penal e justiça não estatal: sobre o Nascimento da Ação Penal Pública Condicionada à Representação no Brasil (1860-1899)

Cattle theft, criminal action and non-state justice: the birth of public penal action conditionate to representation in Brazil (1860-1899)

Lucas Ribeiro Garro

Dossiê:
Cooperação Judiciária
Internacional em Matéria Penal

International Judicial
Cooperation in Criminal Matters

Editorial do dossiê “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal” - Problemas actuais em perspectiva global

Editorial of the dossier “International Judicial Cooperation in Criminal Matters” – Current problems in a global perspective

Pedro Caeiro¹

Universidade de Coimbra – Portugal

pcaeiro@fd.uc.pt

 <https://orcid.org/0000-0002-8899-7399>

RESUMO: Este editorial descreve, a traços largos, a relevância actual da cooperação judiciária em matéria penal, nomeadamente no que diz respeito à sua relação com o incremento da protecção dos direitos e garantias individuais e à sua reconfiguração em espaços politicamente integrados, com particular ênfase na União Europeia. Seguidamente, procede-se a uma apresentação sumária dos artigos contidos neste volume.

PALAVRAS-CHAVE: cooperação judiciária em matéria penal; extradição; entrega; mandado de detenção europeu; reconhecimento mútuo; confiança mútua; direitos fundamentais.

ABSTRACT: *This editorial provides a bird's eye view of the current relevance of international judicial cooperation in criminal matters, namely in what concerns the issues raised by the growing protection of individual rights, as well as its reconfiguration in politically integrated areas, with a particular emphasis on the*

¹ Professor auxiliar (com *tenure*) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; investigador integrado do Instituto Jurídico da mesma Universidade; membro do Grupo de Peritos sobre Política Criminal da União Europeia.

European Union. It then proceeds with a short presentation of the articles contained in this volume.

KEYWORDS: *international judicial cooperation in criminal matters; extradition; surrender; European arrest warrant; mutual recognition; mutual trust; fundamental rights.*

1. O presente número da Revista Brasileira de Direito Processual Penal, que tenho o privilégio de editar, é inteiramente dedicado à cooperação judiciária internacional em matéria penal (CJI).

Importa consignar, logo no início, uma explicação sobre a *terminologia* usada, que tenho discutido recorrentemente ao longo da última década com os meus alunos e orientandos brasileiros. Com efeito, embora a literatura brasileira se refira comumente à “cooperação jurídica”, prefiro continuar a empregar, para designar a temática que é objecto deste volume, a fórmula “cooperação judiciária”. A meu ver, a expressão cooperação *jurídica* remete-nos para o *âmbito* da cooperação, que assim se contradistingue da cooperação *em matéria* de defesa, segurança, inteligência, educação, saúde, etc. Diferentemente, a cooperação *judiciária* aponta para uma dimensão funcional / teleológica que delimita com mais precisão, dentro da cooperação internacional “em matéria jurídica”, certos procedimentos levados a cabo no exercício da *função judicial* por parte dos órgãos aos quais ela se encontra reservada. A CJI visa sempre um processo penal concreto e convoca, por isso, a actuação de juízes e magistrados do Ministério Público², sem prejuízo da intervenção que a lei *eventualmente* atribua ao Executivo para salvaguarda dos interesses de natureza política que ali possam estar envolvidos. Por conseguinte,

² O art. 1.º, al. b), do Código de Processo Penal Português qualifica de “autoridade judiciária” os juízes, juízes de instrução e os magistrados do Ministério Público; vd. também, com muito interesse, DIAS, Jorge de Figueiredo, “Nótu-las sobre temas de direito judiciário (penal)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* 127 (1995), n.º 3849, p. 354 e ss., e 128 (1995), n.º 3850/3851, p. 8 e ss., que justamente inclui a “magistratura do Ministério Público”, enquanto estrutura dotada de autonomia (mas não de independência), na “função judicial”, negando-lhe a natureza de “órgão administrativo” (vd. esp. n.º 3849, p. 355 e s. e p. 357, n. 14).

ficam excluídos da noção de cooperação judiciária os procedimentos de auxílio mútuo e de partilha de informação estabelecidos entre forças de segurança (cooperação policial) ou serviços de inteligência, mesmo quando tenham alguma atinência com crimes.

Aliás, creio que o Estado Português teve bem presente esta distinção entre *âmbito e função* quando celebrou vários acordos internacionais que têm por título e/ou conteúdo “cooperação jurídica e judiciária”³.

2. Não será necessário encarecer a *importância crescente* que a CJI vem ganhando nas últimas décadas, ao ritmo de um mais geral fenómeno de “encurtamento do mundo”.

³ Parece existir um modelo-padrão sobre o qual foram decalcados vários acordos de cooperação entre Portugal e outros países de língua oficial portuguesa (*Acordo de Cooperação Jurídica entre a República Portuguesa e a República da Guiné-Bissau*, assinado em Bissau em 5-07-1988 e ratificado pelo Presidente da República em 16-06-1989; *Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre a República Portuguesa e a República de Moçambique*, assinado em Lisboa a 12-04-1990 e ratificado pelo Presidente da República em 11-12-1990; *Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola*, assinado em Luanda em 30-08-1995 e ratificado pelo Presidente da República em 31-01-1997; *Acordo de Cooperação Jurídica e Judiciária entre a República Portuguesa e a República de Cabo Verde*, assinado na Praia em 2-12-2003 e ratificado pelo Presidente da República em 28-01-2005).

Estes acordos são compostos por uma longa Parte I relativa à “cooperação judiciária” (em matéria cível e em matéria penal) e por uma Parte II relativa à “cooperação em matéria de identificação, registos e notariado, formação e informação” (o Acordo com Cabo Verde encontra-se dividido em títulos, sendo os Títulos II e III correspondentes à Parte I e o Título IV à Parte II dos restantes). Essa Parte II contém um Título IV, cuja epígrafe é “Cooperação técnica, jurídica e documental” e que tem um único artigo, onde se descrevem as respectivas “modalidades”: “1 - Os Estados Contratantes, na medida das suas possibilidades, prestar-se-ão colaboração formativa e informativa *no âmbito técnico, jurídico e documental* nos campos abrangidos pelo presente Acordo. 2 - Sem prejuízo de outras modalidades de colaboração documental a concertar entre os departamentos competentes, os Estados Contratantes trocarão gratuitamente entre si os respectivos jornais oficiais. 3 - As entidades editoras de cada um dos Estados enviarão desde já um exemplar de cada número e série do respectivo jornal oficial à Procuradoria-Geral da República do outro. 4 - A colaboração na formação de pessoal será objecto de acordos específicos” (itálicos nossos; no Acordo com Cabo Verde, vd. o correspondente art. 83.º, que tem por epígrafe “Informação jurídica”).

As inovações técnicas em matéria de transportes e a redução dos custos das viagens, por um lado, e a diminuição ou abolição dos entraves administrativos/burocráticos à circulação de pessoas, por outro, estimularam a massificação e normalização dos fluxos trans-fronteiriços.

Este fortalecimento da capacidade individual de transpor a fronteira contrasta com a persistência da natureza essencialmente local/nacional da administração da justiça penal, tanto no plano da jurisdição⁴, como, no que aqui mais importa, no plano processual. Com efeito, a territorialidade do processo penal entra em tensão com os limites da jurisdição executiva impostos pelo princípio da não-ingerência, na medida em que um Estado não pode enviar os seus agentes para colher prova ou deter um suspeito/acusado/condenado que se encontram no território de outro Estado. Essa tensão só pode resolver-se por meio da cooperação judiciária, seja com a entrega das pessoas ou a remessa dos elementos pretendidos pelo Estado requerente, seja com a aceitação, pelo Estado requerido, da transmissão / delegação do processo penal.

Ora, há três factores que trouxeram maior permeabilidade às pretensões punitivas dos outros Estados e, por aí, à cooperação judiciária: (i) a percepção de que a prevenção e repressão de certas formas de criminalidade grave internacional exigem uma acção conjunta dos Estados; (ii) o melhor conhecimento dos ordenamentos jurídicos estrangeiros possibilitado pelo desenvolvimento das tecnologias de informação e pelas redes internacionais de profissionais forenses e académicos; e (iii) o incremento, em termos globais, do respeito pelos direitos humanos e pelo Estado de direito. Não surpreende, portanto, que a evolução sócio-económica das últimas décadas tenha sido acompanhada por uma intensificação da CJJ, que encontra expressão na proliferação de instrumentos internacionais e, sobretudo, no aumento da respectiva efectividade.

⁴ Refiro-me à actual consagração da territorialidade dos factos como regra-base da aplicabilidade da lei penal em todos os ordenamentos jurídicos e ao condicionamento da jurisdição judicativa à presença do agente no território nacional em alguns deles (vd., p. ex., o art. 7.º, II, al. b), e § 2.º, al. a), do Código Penal Brasileiro; e o art. 5.º, n.º 1, als. c), d), e) e f) do Código Penal Português). Sobre o conceito de jurisdição penal e as respectivas dimensões, vd. CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*, Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010.

Por outro lado, a progressiva ampliação do alcance do poder punitivo de *cada* Estado por via da extensão da eficácia extraterritorial das leis e da CJI abre novas perspectivas sobre o ponto de equilíbrio que hoje se estabelece entre o poder público e os direitos individuais. Em particular, torna-se premente reflectir sobre esta virtual universalização de pretensões locais/nacionais, que, no campo da CJI, se traduz em criar mecanismos pelos quais cada Estado presta aos restantes o auxílio necessário à prossecução dos respectivos programas de política criminal, que não exige necessariamente a natureza criminosa dos concretos factos em causa (abolição ou flexibilização do controle da dupla incriminação)⁵. Nestes casos, há que levar a sério os direitos e garantias da pessoa visada, nomeadamente o *direito à segurança jurídica* e o *direito a ser deixado em paz*, pois trata-se de alguém que não violou as leis do Estado onde se encontra, nem praticou actos que estas, em abstracto, reprovem. Assim, a cooperação prestada pelo Estado requerido – e, sobretudo, a concessão da extradição – nestas condições suscita problemas de legitimidade, excepto se se enquadrar em projectos integrados de *justiça comum*, como sucede na União Europeia e poderá vir a ocorrer no espaço do Mercosul.

3. Os *projectos de justiça comum* que acabei de referir são cruciais para a compreensão da CJI contemporânea. Para além dos “modelos verticais” (A. Cassese) de cooperação corporizados nos estatutos dos tribunais penais internacionais⁶, deve destacar-se a verdadeira revolução trazida pela concepção da União Europeia, no Tratado de Amesterdão, como um espaço de liberdade, segurança e justiça, no âmbito do qual se forjaram os instrumentos que passaram a reger a cooperação judiciária entre os Estados-Membros, e, nomeadamente, a paradigmática e seminal Decisão-quadro sobre o mandado de detenção europeu,

⁵ No mesmo sentido vai a redução, até ao grau da irrelevância, do âmbito da excepção do crime político.

⁶ Vd., de forma exemplar, o regime da cooperação (e, em particular, do procedimento de entrega) constante dos arts. 86 e ss. do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

de 2002⁷. Assentes sobre a pedra angular do “reconhecimento mútuo das decisões judiciais”, que por sua vez se funda na “confiança mútua” que liga os Estados-membros, aqueles instrumentos pretenderam transportar para a cooperação em matéria penal a lógica da “livre circulação das decisões judiciais” que vigora no mercado interno. Assim, e não obstante as diferenças que subsistem entre os mecanismos nos dois domínios – inerentes à diversidade das funções estatais implicadas no reconhecimento de direitos e liberdades e no reconhecimento das decisões que os restringem –, a CJI na União Europeia foi profundamente modificada, sendo hoje mais efectiva, mais célere e mais difícil de recusar.

A judicialização integral do procedimento (com absoluta exclusão da intervenção do Executivo), a abolição do controlo da dupla incriminação em relação a trinta e dois “domínios de criminalidade”, a descrição taxativa dos “motivos de não execução” (obrigatórios e facultativos) e a previsão de prazos curtos para a tomada de decisões fazem destes instrumentos poderosas ferramentas nas mãos dos Estados e permitem certamente ver neles um modelo autónomo de cooperação judiciária. Porém, após uma fase inicial em que o reconhecimento mútuo serviu de verdadeira correia de transmissão do Estado titular da pretensão punitiva, garantindo a máxima efectividade aos seus pedidos, é hoje inequívoco que a confiança mútua tem limites e a presunção de respeito pelos direitos fundamentais que lhe subjaz pode ser ilidida no caso concreto⁸, de tal modo que não se deva dar seguimento ao pedido de cooperação⁹. Com este sentido, o princípio do reconhecimento mútuo tende a tornar-se num mecanismo formal, neutro, que visa apenas obrigar os Estados Membros ao reconhecimento das decisões tomadas em conformidade com o direito da União globalmente considerado (aí se incluindo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) –

⁷ *Decisão-quadro do Conselho 2002/584/JAI, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros*, JO L 190, de 18-07-2002.

⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), procs. apensos C-404/15 e C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, de 5 de Abril de 2016 | ECLI:EU:C:2016:198.

⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), C-216/18 PPU, *LM*, de 25 de Julho de 2018, par. 78 | ECLI:EU:C:2018:586.

independentemente de elas serem proferidas pelo Estado que pede ou pelo que presta a cooperação.

4. Por fim, gostaria de salientar um último perfil da CJI que tende a ser minorizado, e que é a sua inarredável *dimensão política*. A intervenção de interesses da ordem da soberania, política externa, oportunidade e conveniência, irredutíveis à justiça e à legalidade, é uma constante da CJI, porque se trata sempre de uma instância das relações com outros Estados. Bastará pensar nas incidências do processo de extradição de Augusto Pinochet no Reino Unido, no conflito entre o Tribunal Penal Internacional e certos Estados que são Partes no Estatuto de Roma em virtude de não terem procedido à detenção e entrega do recentemente deposto Presidente do Sudão Omar al-Bashir, na miríade de considerações políticas que envolve os pedidos de extradição de Edward Snowden e Julian Assange, ou nas sucessivas decisões de sentido oposto que atravessaram o processo de extradição de Cesare Battisti no Brasil.

A assumida relevância dos interesses dessa natureza projecta-se no papel reservado ao Executivo dos diversos países nos processos tradicionais de CJI, em particular de extradição. Porém, e sintomaticamente, ela não deixa de afectar – ainda que de jeito menos visível e informal – certos casos de cooperação processados em contextos de onde a componente política está supostamente excluída, como sucede com o mandado de detenção europeu na União Europeia. Na verdade, ninguém negará a tensão política que esteve subjacente, em todos os momentos, ao tratamento do caso Puigdemont pelas autoridades espanholas, belgas e alemãs. O que não surpreende, precisamente porque o espaço *judiciário* de liberdade, segurança e justiça não tem correspondência directa na esfera política, que continua a ser dominada, em grande medida, pelos interesses particulares de cada Estado-membro.

5. Os artigos que compõem este número especial abordam uma vasta panóplia de dimensões da cooperação judiciária internacional em matéria penal, em contextos que se espriam por três continentes – do puramente interno ao global, passando por relações bilaterais e estruturas

regionais – e em planos diferenciados – de reflexões genéricas sobre a cooperação a estudos dedicados a sub-temas específicos, como a extradição / entrega, o auxílio judiciário mútuo, a transferência de pessoas condenadas, o reconhecimento de medidas (civis) de protecção de vítimas e a aplicação dos mecanismos da cooperação a certas formas de criminalidade ou a casos concretos.

O volume abre com um artigo de *Valsamis Mitsilegas*, que aceitou o convite para expor, em perspectiva panorâmica, o contexto e a evolução da CJI na União Europeia, focando-se no progressivo entrelaçamento entre o princípio do reconhecimento mútuo e o respeito pelos direitos fundamentais e na paulatina substituição da ideia de “confiança cega” pela de “confiança merecida”.

Segue-se um primeiro grupo de estudos centrados na CJI “tradicional”. *Daniel Leonhardt dos Santos* expõe o geral desfasamento entre a vetustez das regras que estabelecem o âmbito de eficácia das leis penais nacionais e a actual criminalidade transnacional, mostrando como tal desfasamento, associado à limitação territorial da “jurisdição prerrogativa” dos Estados, intensifica a necessidade de cooperação internacional. O horizonte problemático da relação entre o crime e as novas tecnologias é partilhado por *Ana Paula Gonzatti da Silva*, que se dedica à determinação dos limites da jurisdição brasileira quando se trata de obter dados electrónicos armazenados em servidores localizados nos Estados Unidos da América e à análise da necessidade de mobilizar (e criar) mecanismos de CJI para o efeito. Aquela relação entre a CJI e a nova criminalidade internacional é retomada por *Anna Carolina Canestraro*, que salienta as virtualidades do auxílio judiciário mútuo na prevenção e repressão do crime de branqueamento / lavagem, no quadro das recomendações do GAFI e do direito brasileiro, como forma de cooperação que permite uma circulação célere da informação entre as autoridades. Por seu turno, *Fábio Ramazzini Bechara*, *Gianpaolo Poggio Smanio* e *Karin Bianchini Girardi* trazem-nos uma análise da CJI como *law in action*, baseada em dados empíricos colhidos num caso concreto, e concluem que um padrão harmonizado de direitos humanos e a vinculação recíproca decorrente da participação em instrumentos internacionais de supressão do crime constituem estímulos poderosos à cooperação. A encerrar este conjunto de artigos sobre a CJI, *Miguel*

Manero de Lemos e Teresa Lancry Robalo, escrevendo dos antípodas, tratam o problema *sui generis* da cooperação “intra-estatal” da República Popular da China (“*Mainland*”) com as regiões administrativas especiais de Hong Kong e de Macau, tendo por pano de fundo a complexa tessitura política onde se inscrevem as respectivas relações, e apontam vias de solução para o impasse causado pela actual ausência de regulamentação.

O segundo grupo de artigos é dedicado à CJI na União Europeia (UE). A ligar os dois conjuntos está o texto de *Miguel João Costa*, que, depois de visitar criticamente a proibição da extradição de nacionais, se debruça sobre as repercussões das “políticas de amizade” sobre a CJI, examinando e comparando a (não-)extradição de nacionais de outros países no contexto das relações Brasil-Portugal e no âmbito da União Europeia. Seguidamente, *Eduardo Bolsoni Riboli* analisa o processo de harmonização das leis penais dos Estados-membros da UE como pressuposto relevante para o desenvolvimento da CJI no espaço de liberdade, segurança e justiça. Por seu lado, *Celso Costa Lima Verde Leal* expõe as relações entre o mandado de detenção europeu e a protecção dos direitos fundamentais, pondo em evidência como a evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça tem desempenhado um papel crucial no processo da respectiva conciliação. Ainda no domínio do mandado de detenção europeu, *Jorge Bheron Rocha* foca a sua atenção na causa de não execução “nacionalidade / residência” da pessoa procurada tal como tratada pela jurisprudência dos tribunais portugueses, identificando e apreciando as grandes linhas que a orientam, nomeadamente no que diz respeito aos critérios usados nas decisões e às respectivas consequências. Num outro plano, a cooperação na execução de penas de prisão (transferência de pessoas condenadas) e de sanções alternativas é decerto, como mostra *Stefano Montaldo*, um dos domínios que encerra maiores desafios para o futuro, não só pela difícil angariação de uma definição europeia e vinculante das finalidades da execução das sanções, mas também porque se trata de um terreno permeável a interesses que pouco ou nada têm que ver com a ressocialização. No lado reverso da medalha, o mesmo défice de harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais afecta também, de acordo com *Katixa Etxebarria Estankona*, a eficácia do sistema

européu de cooperação para a protecção das vítimas de crimes (em particular das vítimas de violência de género), já de si fragmentado nas duas bases jurídicas que o sustentam. Por último, o artigo de *Margarida Santos* faz uma recapitulação da matéria e abre novas vias de reflexão, reenquadrando a CJI na problemática mais geral da intervenção da UE em matéria penal e examinando, a seguir, o sentido e o alcance do lançamento da Procuradoria Europeia na perspectiva da tensão entre integração e cooperação (inter-estatal).

6. Para além da qualidade científica dos textos, o critério que mais marcou esta edição foi a preocupação em trazer ao leitor temas da maior actualidade suscitados pela CJI em vários azimutes, a qual, aliada à riqueza e à diversidade das abordagens, permite esperar o interesse de académicos e profissionais envolvidos na CJI, no Brasil e nas restantes jurisdições relevantes. Oxalá esta expectativa possa cumprir-se.

REFERÊNCIAS

CAEIRO, Pedro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Wolters Kluwer / Coimbra Editora, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo Nótulas sobre temas de direito judiciário (penal). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, v. 127, n.º 3849, p. 354 e ss., 1995, e v. 128, n.º 3850/3851, p. 8 e ss., 1995.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor confirma que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

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

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor 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

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

CAEIRO, Pedro. Editorial do dossiê "Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal" - Problemas actuais em perspectiva global. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 553-563, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.249>



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

The European Model of Judicial Cooperation in Criminal Matters: Towards Effectiveness based on Earned Trust

*O modelo europeu de cooperação judiciária em matéria penal:
em busca de uma efetividade baseada em confiança merecida*

Valsamis Mitsilegas¹

Queen Mary University of London – Inglaterra

v.mitsilegas@qmul.ac.uk

 <https://orcid.org/0000-0001-6424-7289>

ABSTRACT: The EU model of international judicial cooperation in criminal matters, based on a high level of presumed mutual trust among Member States and on the principle of mutual recognition resulting therefrom, purports to go beyond traditional models of cooperation by enabling simplicity and speed on a ‘no questions asked’ approach. The European Arrest Warrant is emblematic in this respect. Nonetheless, the operation of this tool has not been a straightforward or uncomplicated task, in particular from the point of view of the interplay between mutual recognition and fundamental rights. This article analyses the evolution of such interaction, and how fundamental rights can act as either limits or drivers of mutual recognition. It aims to show how individual rights and guarantees have limited automatic recognition and sheer effectiveness, and, conversely, how the harmonisation of defence rights at the EU level can provide a basis for enhancing mutual trust and thus facilitating mutual recognition in criminal matters. In conclusion, it will be submitted that EU law can achieve effective judicial cooperation in criminal matters by moving from ‘blind’ to earned trust in Europe’s area of criminal justice.

KEYWORDS: mutual recognition; European Arrest Warrant; European

¹ Professor of European Criminal Law and Global Security, Queen Mary University of London.

Criminal Law; fundamental rights; harmonisation; judicial cooperation; mutual trust.

Resumo: *O modelo europeu de cooperação judiciária internacional em matéria penal, baseado em um elevado nível de confiança mútua presumida entre os Estados-Membros e no conseqüente princípio do reconhecimento mútuo, pretende ir além dos modelos tradicionais de cooperação, permitindo simplicidade e rapidez em uma perspectiva de "não se fazem perguntas". O mandado de detenção europeu é emblemático dessa abordagem. No entanto, o funcionamento desse mecanismo não tem sido uma tarefa simples ou descomplicada, especialmente em relação à interação entre o reconhecimento mútuo e os direitos fundamentais. Este artigo analisa a evolução de tal interação e como os direitos fundamentais podem atuar como limites ou facilitadores do reconhecimento mútuo. Pretende-se demonstrar como os direitos e garantias individuais limitam o reconhecimento automático e a pura eficácia e, inversamente, como a harmonização dos direitos de defesa na UE pode fornecer uma base adequada para reforçar a confiança mútua e facilitar assim o reconhecimento mútuo em matéria penal. Em conclusão, será sustentado que a legislação da UE pode alcançar uma cooperação judiciária efetiva em matéria penal, passando de confiança "cega" para confiança conquistada no âmbito da justiça penal europeia.*

PALAVRAS-CHAVE: *reconhecimento mútuo; mandado de detenção europeu; direito penal europeu; direitos fundamentais; harmonização; cooperação judiciária; confiança mútua.*

1. INTRODUCTION

The application of the principle of mutual recognition in the field of European Union (EU) criminal law has provided the motor of European integration in criminal matters. The adoption of a series of mutual recognition measures have established a system of inter-state cooperation aimed at automaticity and a lack of formality, based on a high level of presumed mutual trust among the systems of the Member States. The EU model aims to go beyond traditional models of international cooperation in criminal matters, in enabling simplicity and speed on a

‘no questions asked’ approach. Nonetheless, the operation of mutual recognition in EU criminal law, and in particular its emblematic Framework Decision on the European Arrest Warrant (FD-EAW), has demonstrated that presuming and claiming mutual trust in a field with a low level of EU-wide harmonisation and with significant consequences for fundamental rights has not been a straightforward or uncomplicated task.

The aim of this article is to map the evolution of the EU model of judicial cooperation in criminal matters by casting light on the interplay between mutual recognition and fundamental rights, and by examining in particular the extent to which fundamental rights can act as limits or as facilitators to recognition. The article will begin by placing the application of the principle of mutual recognition – by focusing on the FD-EAW – within the context of the objective to achieve effectiveness in inter-state cooperation in criminal matters. It will then analyse how fundamental rights have emerged as a limit to automatic mutual recognition (both in secondary EU law and in the case-law of the Court of Justice of the European Union - CJEU) and how harmonisation of defence rights can provide a basis for enhancing mutual trust and thus facilitating the operation of mutual recognition in criminal matters. In this manner, the article will assess the extent to which EU law can achieve effective judicial cooperation in criminal matters by moving from ‘blind’ to earned trust in Europe’s area of criminal justice.

2. JUDICIAL COOPERATION, MUTUAL RECOGNITION AND MUTUAL TRUST IN EUROPE’S AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE

In order to understand the relationship between mutual recognition and mutual trust in Europe’s area of criminal justice it is necessary to cast light on the very design of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) as such. While a key feature of the development of the AFSJ is the abolition of cross-border controls between Member States and the creation thus of a single European area where freedom of movement is secured, the latter is not accompanied by a single area of law. The law remains territorial, with Member States retaining to a great extent their sovereignty especially in the field of law enforcement.

A key challenge for European integration in the field has thus been how to make *national* legal systems interact in the borderless Area of Freedom, Security and Justice. Member States have thus far declined unification of law in Europe's criminal justice area. The focus has largely been on the development of systems of cooperation between Member State authorities, with the aim of extending national enforcement capacity throughout the AFSJ in order to compensate for the abolition of internal border controls.

The simplification of movement that the abolition of internal border controls entails has led under this compensatory logic to calls for a similar simplification in inter-state cooperation via automaticity and speed. Following this logic, the construction of the AFSJ as an area without internal frontiers intensifies and justifies automaticity in inter-state cooperation.² Automaticity in inter-state cooperation means that a *national* decision will be enforced beyond the territory of the issuing Member State by authorities in other EU Member States across the AFSJ without many questions being asked and with the requested authority having at its disposal extremely limited – if any at all – grounds to refuse the request for cooperation. The method chosen to secure such automaticity has been the application of the principle of mutual recognition in the fields of judicial cooperation in criminal matters.

Mutual recognition is attractive to Member States resisting further harmonisation or unification in European criminal law as mutual recognition is thought to enhance inter-state cooperation in criminal matters without Member States having to change their national laws to comply with EU harmonisation requirements.³ Mutual recognition creates extraterritoriality⁴: in a borderless AFSJ, the will of an authority

² V. MITSILEGAS, "The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice. From Automatic Inter-state Cooperation to the Slow Emergence of the Individual", in *Yearbook of European Law*, vol. 31, 2012, p. 319-372.

³ V. MITSILEGAS, "The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU", *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 1277-1311.

⁴ K. NICOLAIDIS and G. SHAFFER, "Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p.263-317; K. NICOLAIDIS, "Trusting the Poles? Constructing

in one Member State can be enforced beyond its territorial legal borders and across this area. The acceptance of such extraterritoriality requires a high level of mutual trust between the authorities which take part in the system and is premised upon the acceptance that membership of the European Union means that all EU Member States are fully compliant with fundamental rights norms. It is the acceptance of the high level of integration among EU Member States which has justified automaticity in inter-state cooperation and has led to the adoption of a series of EU instruments which in this context go beyond pre-existing, traditional forms of cooperation set out under public international law, which have afforded a greater degree of scrutiny to requests for cooperation. Membership of the European Union *presumes* the full respect of fundamental rights by all Member States, which creates mutual trust which in turn forms the basis of automaticity in inter-state cooperation in Europe's area of criminal justice.

Framed in this manner, mutual recognition has emerged as the motor of European integration in criminal matters under the third pillar. The adoption in 2001 by the Council of a detailed Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters⁵ has been followed by the adoption of a wide range of Framework Decisions putting forward a comprehensive system of mutual recognition in the field of criminal justice. These Framework Decisions have been adopted essentially in three stages, one shortly post-9/11, an intermediary stage consisting of the adoption of the Framework Decision on the European Evidence Warrant (now superseded by the post-Lisbon Directive on the European Investigation Order) and another in the years leading to the adoption of the Lisbon Treaty.⁶ Their ambit covers all stages of the criminal process extending from the pre-trial (recognition of arrest warrants⁷, evidence

Europe through Mutual Recognition”, *Journal of European Public Policy*, vol. 14, 2007, p. 682-698.

⁵ OJ C 12/10, 15.01.2001.

⁶ V. MITSILEGAS, “The Third Wave of Third Pillar Law: Which Direction for EU Criminal Justice?”, *European Law Review*, vol. 34, 2009, p. 523-560.

⁷ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ L 190/1, 18.07.2002.

warrants⁸, freezing orders⁹, decisions on bail¹⁰) to the post-trial stage (recognition of confiscation orders¹¹, of decisions on financial penalties¹², of probation orders¹³ and of decisions on the transfer of sentenced persons¹⁴). The system of mutual recognition was completed in the pre-Lisbon stage by a Framework Decision on judgments *in absentia*, which amended a number of the preceding Framework Decisions to specify cases when recognition of a judgment could or could not be refused¹⁵.

⁸ Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters, OJ L 350/72, 30.12.2008. Post-Lisbon replaced by the Directive on the European Investigation Order (see below).

⁹ Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, OJ L 196/45, 02.08.2003.

¹⁰ Council Framework Decision 2009/829/JHA of 23 October 2009 on the application, between Member States of the European Union, of the principle of mutual recognition to decisions on supervision measures as an alternative to provisional detention, OJ L 294/20, 11.11.2009.

¹¹ Council Framework Decision 2006/783/JHA of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders, OJ L 328/59, 24.11.2006.

¹² Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, OJ L 76/16, 22.3.2005.

¹³ Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions, OJ L 337/102, 16.12.2008.

¹⁴ Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union, OJ L 327/27, 5.12.2008.

¹⁵ Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, OJ L 81/24, 27.3.2009.

The main features of the application of the principle of mutual recognition in criminal matters are automaticity, speed, and the execution of judicial decisions with a minimum of formality¹⁶. Based on mutual trust, the system includes very limited grounds to refuse the recognition and execution of a judicial decision or to raise questions regarding the legal system of the Member State of the issuing authority¹⁷. Automaticity has presented a number of challenges, most notably with regard to the protection of the fundamental rights of affected individuals. These challenges have arisen in particular in the context of the FD-EAW, which is emblematic of the application of the principle of mutual recognition in the field of criminal law. It is the first measure to be adopted in the field and the main mutual recognition measure which has been implemented fully and in detail at the time of writing. Automaticity in the operation of inter-state cooperation under the FD-EAW has been introduced at three levels. Firstly, cooperation must take place within a limited timeframe, under strict deadlines, and on the basis of a pro-forma form annexed to the Framework Decision – this means that in practice few questions can be asked by the executing authority beyond what has been included in the form¹⁸. Secondly, the executing authority is not allowed to verify the existence of dual criminality for a list of 32 categories of offences listed in the Framework Decision¹⁹ – this means that the executing state is asked to deploy its law enforcement mechanism and arrest and surrender an individual for conduct which might not be an offence under its domestic law²⁰. The third level of automaticity arises from the inclusion of limited grounds of refusal to recognise and execute a warrant under this instrument. The FD-EAW includes only three, in their majority procedural, mandatory grounds for refusal²¹, which are complemented

¹⁶ V. MITSILEGAS, fn. 2.

¹⁷ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart, 2009, chapter 3.

¹⁸ See Articles 15, 17 and 23 of the Framework Decision. The Court has confirmed the limited role of the executing authority in examining the content of the European Arrest Warrant in its ruling in Case C-261/09 *Gaetano Mantello* [2010] ECR I-11477.

¹⁹ Article 2(2).

²⁰ See the Court's ruling in *Advocaten voor de Wereld* below.

²¹ Article 3.

by a series of optional grounds for refusal²² and provisions on guarantees underpinning the surrender process²³. Non-compliance with fundamental rights is not however explicitly included as a ground to refuse to execute a European Arrest Warrant (EAW).²⁴ This legislative choice reflects the view that cooperation can take place on the basis of a high level of mutual trust in the criminal justice systems of Member States, premised upon the presumption that fundamental rights are in principle respected fully across the European Union. However, as will be seen below, this uncritical acceptance of the existence of a high level of mutual trust has proven to be contested both in the implementation stage in EU Member States and subsequently in litigation before national and European courts.

3. LIMITING AUTOMATICITY: ADDRESSING FUNDAMENTAL RIGHTS CONCERNS IN LEGISLATION

The maximalist approach to mutual recognition adopted in the FD-EAW has led to reactions in European and national legislatures seeking ways of accommodating fundamental rights considerations within the operation of the EU system of mutual recognition²⁵. There are three ways in which fundamental rights concerns have been addressed in legislation: via the use of parallel mutual recognition instruments to alleviate the adverse fundamental rights consequences of automaticity in the execution of mutual recognition requests; via the insertion of grounds for refusal on fundamental rights grounds in subsequent legislation; and via legislation addressing proportionality concerns. In terms of the use of

²² Article 4.

²³ Articles 5, 27 and 28.

²⁴ The provision of Article 1(3) includes the general statement that ‘this Framework Decision shall not have the effect of modifying the obligation to respect fundamental rights and fundamental legal principles as enshrined in Article 6 of the TEU’. References to fundamental rights are included also under a general wording in the Preamble to the Framework Decision (recital 12).

²⁵ See V. MITSILEGAS, “Mutual Recognition, Mutual Trust and Fundamental Rights After Lisbon” in V. Mitsilegas, M. Bergström and T. Konstadinides (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edward Elgar, 2016, p. 148-168, whereupon this section is based.

parallel mutual recognition measures, fundamental rights concerns can be addressed by the Framework Decision on the mutual recognition of bail decisions (the European Supervision Order), which would enable an individual surrendered under a EAW to spend the pre-trial period under bail conditions in the executing, and not the issuing, Member State²⁶. In terms of the use of fundamental rights as a limit to mutual recognition, a number of Member States added non-compliance of surrender with fundamental rights as an express ground of refusal in their national law implementing the European Arrest Warrant Framework Decision²⁷. Moreover, the post-Lisbon Directive on the European Investigation Order (EIO)²⁸ expressly includes non-compliance with fundamental rights as a ground for refusal to recognise and execute an EIO²⁹. The Preamble to the same Directive affirms that the presumption of compliance by Member States with fundamental rights is rebuttable³⁰. Similar provisions have been included in the recent Regulation on mutual recognition of freezing and confiscation orders³¹.

²⁶ The use of the European Supervision Order as a means of addressing lengthy periods of pre-trial detention following the execution of a European Arrest Warrant was discussed and promoted in Sir Scott Baker, *A Review of the United Kingdom's Extradition Arrangements*, presented to the Home Secretary on 30 September 2011.

²⁷ On the implementation of the Framework Decision on the European Arrest Warrant, see V. MITSILEGAS, "The Area of Freedom, Security and Justice from Amsterdam to Lisbon: Challenges of Implementation, Constitutionality and Fundamental Rights", in J. Laffranque (ed.) *The Area of Freedom, Security and Justice, Including Information Society Issues* (Reports of the XXV FIDE Congress, Tallinn 2012), vol. 3, p. 21-142 and national reports included therein.

²⁸ Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, OJ L 130, 1.5.2014, p. 1-36 .

²⁹ Article 11(1)(f) states that the recognition or execution of an EIO may be refused 'where there are substantial grounds to believe that the execution of the investigative measure indicated in the EIO would be incompatible with the executing State's obligations in accordance with Article 6 TEU and the Charter'.

³⁰ Preamble, recital 19.

³¹ Regulation (EU) 2018/1805 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the mutual recognition of freezing orders and confiscation orders, OJ L303/1, 28.11.2018, Articles 8(1)(f) and 19(1)(f).

The third way in which legislators have addressed fundamental rights concerns in the operation of mutual recognition has been via the insertion of proportionality check requirements in secondary law. The focus on proportionality has been triggered by concerns that the extensive scope of the FD-EAW combined with the abolition of the requirement to verify dual criminality has led to warrants being issued for offences considered minor or trivial in the executing state, resulting in considerable pressure to the criminal justice systems of executing Member States and disproportionate results for the requested individuals³². The need to address these proportionality concerns was acknowledged by the European Commission in its latest Report on the implementation of the Framework Decision³³. The prevailing view has thus far been for proportionality to be dealt with in the issuing and not in the executing Member State. This is the interpretative guidance given in the revised version of the European Handbook on how to issue a European Arrest Warrant³⁴. This approach has also been adopted by certain Member States in the implementation of EAW obligations³⁵. The requirement to introduce a proportionality check in the issuing state has also been introduced at EU level in the Directive on the European Investigation Order, which states that the issuing authority may only issue an EIO where the issuing of the latter is necessary and proportionate and where the investigative measures indicated in the EIO could have been ordered under the same conditions in a similar domestic

³² See Joint Committee on Human Rights, *The Human Rights Implications of UK Extradition Policy*, Fifteenth Report, session 2010-12, p. 40-3.

³³ *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation since 2007 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States* COM(2011) 175 final, Brussels, 11.4.2011, p. 8.

³⁴ For the latest version see *Commission Notice - Handbook on how to issue and execute a European arrest warrant*, OJ C 335/1, 6.10.2017, p. 14.

³⁵ A number of changes to the Polish Code of Criminal Procedure came into force on July 1 2015. These include an amendment to Article 607b, which now states that an arrest warrant will not be issued if it is not required by the interest of the administration of justice. The reference to the interest of the administration of justice can be seen as amounting to an implicit proportionality test. I am grateful to Celina Nowak for providing me the relevant information on Polish law.

case³⁶. The Directive thus links proportionality with the requirement to avoid abuse of law via the undertaking of “fishing expeditions” by the authorities of the issuing state.

4. THE RELATIONSHIP BETWEEN MUTUAL RECOGNITION, MUTUAL TRUST AND FUNDAMENTAL RIGHTS BEFORE THE EUROPEAN JUDICIARY

In its early case-law, the CJEU demonstrated strong support for the system established by the European Arrest Warrant Framework Decision³⁷. The entry into force of the Lisbon Treaty, bringing with it the communautarisation of the third pillar, the constitutionalisation of EU criminal law and of the Charter³⁸, has raised hopes that the CJEU would modify its stance regarding fundamental rights scrutiny in the operation of the EAW. These hopes were increased by CJEU case-law in the field of mutual recognition in asylum law: in the case of *NS and ME*, the CJEU ruled that a transfer under the Dublin Regulation would be incompatible with fundamental rights ‘if there are substantial grounds for believing that there are systemic flaws in the asylum procedure and reception conditions for asylum applicants in the Member State responsible, resulting in inhuman or degrading treatment, within the meaning of Article 4 of the Charter, of asylum seekers transferred to the territory of that Member State’³⁹. The CJEU approach constituted a paradigmatic shift on mutual recognition based on automaticity: the Court stated expressly that the presumption of compliance with fundamental rights in the receiving Member State is rebuttable⁴⁰ and it placed specific duties to sending authorities to examine fundamental rights compliance⁴¹.

³⁶ Article 6(1)(a) and (b) respectively. A similar approach regarding necessity and proportionality has been adopted in the confiscation Regulation: see Article 1(3) of the Regulation (EU) 2018/1805 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on the mutual recognition of freezing orders and confiscation orders, OJ L 303, 28.11.2018, p. 1-38.

³⁷ V. MITSILEGAS, fn. 16, chapter 3.

³⁸ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law After Lisbon*, Hart, 2016, chapter 5.

³⁹ Case C-411/10, *N.S. v Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2011:865, para 85.

⁴⁰ *Ibid.*, para 104.

⁴¹ *Ibid.*, para 94.

It has been argued that the paradigm change to the operation of mutual trust in *NS and ME* also would be applicable in transfers of individuals under the EAW, establishing thus a horizontal benchmark of fundamental rights protection across the Area of Freedom, Security and Justice⁴². Yet in its first major post-Lisbon cases on the EAW, and notwithstanding also parallel developments in post-Lisbon EU criminal law⁴³, the CJEU appeared reluctant to do so. In *Radu*⁴⁴, and notwithstanding the attempt by AG Sharpston to bring the protection of fundamental rights into the fore (notably by advancing arguments based on proportionality)⁴⁵ the CJEU continued to focus on the effectiveness of the EAW. The *Radu* judgment was followed by *Melloni*⁴⁶, where the CJEU found that Member States cannot refuse to execute a EAW on the basis of a level of fundamental rights protection provided under their national constitution which is higher than the level of protection provided in the Charter. By casting doubt on the uniformity of the standard of protection of fundamental rights as defined in the FD-EAW, Member States would undermine the principles of mutual trust and recognition which that decision purports to uphold and would, therefore, compromise the efficacy of that Framework Decision⁴⁷. *Melloni* was followed by the questionable elevation of mutual trust to a fundamental principle of EU law in Opinion 2/13 concerning the accession of the EU to the ECHR⁴⁸.

⁴² See V. MITSILEGAS, fn. 1.

⁴³ The post-Lisbon mutual recognition Directive on the European Investigation Order has introduced an optional ground for non-recognition or non-execution where there are substantial grounds to believe that the execution of the investigative measure indicated in the EIO would be incompatible with the executing State's obligations in accordance with Article 6 TEU and the Charter (Article 11(1)(f)).

⁴⁴ Case C-396/11, *Radu*, EU:C:2013:39.

⁴⁵ *Radu*, in particular para. 103.

⁴⁶ Case C-399/11, *Melloni*, EU:C:2013:107.

⁴⁷ *Ibid.*, para 63.

⁴⁸ Case Opinion 2/13 of the Court, *Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU*, ECLI:EU:C:2014:2454, paras. 191-192. For a critique, see V. MITSILEGAS, "The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice", *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, 2015, p. 460-485.

The reasoning of the CJEU in both *Melloni* and Opinion 2/13 can be explained from a constitutional law perspective as the Court sending a clear message to the Strasbourg Court and to national constitutional courts of its determination to uphold the primacy and autonomy of EU law⁴⁹. Yet the implications of the Court's reasoning for a meaningful fundamental rights scrutiny in the process of mutual recognition are profound. The CJEU elevated the inherently subjective concept of mutual trust into a fundamental principle of EU law⁵⁰ adopting a version of mutual trust which is to be taken at face value and to be presumed, with cracks in the façade of trust appearing only in exceptional cases. In defending the primacy and autonomy of EU law, the CJEU has thus however undermined the credibility of the EAW system in the eyes of national courts and the Strasbourg Court. The CJEU rulings appeared increasingly at odds with the Strasbourg approach centering on the individualised assessment of fundamental rights violations. This discrepancy was evident in the case of *Tarakhel*⁵¹, involving Dublin transfers from Switzerland to Italy, where the ECtHR found a breach of the Convention with regard to specific individuals *even in a case where generalised systemic deficiencies in the receiving state had not been ascertained*⁵². The CJEU approach vis-à-vis the protection of fundamental rights as enshrined in national constitutions has also raised alarm bells in national constitutional courts. These concerns have been expressed by the *Bundesverfassungsgericht* in a ruling delivered in 2015, where it intervened regarding the scrutiny of fundamental rights in the execution of a EAW in a case of trial in absentia where the defendant's

⁴⁹ See also the CJEU reiterating, in Opinion 2/13 (para. 188), the *Melloni* requirement to uphold the primacy, unity and effectiveness of EU law.

⁵⁰ V. MITSILEGAS, fn. 47.

⁵¹ ECtHR, *Tarakhel v. Switzerland*, Appl. No. 29217/12, Judgment of 4 November 2014.

⁵² *Ibid.*, para 115, emphasis added. As Halberstam has noted, *Tarakhel* was a strong warning signal to Luxembourg that the CJEU's standard better comport either in words or in practice with what Strasbourg demands or else the Dublin system violates the Convention. See D. HALBERSTAM, "It's the Autonomy, Stupid! A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward", *Michigan Law School, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, vol. 432, 2015, p. 27.

lawyer had not been notified⁵³. The *BVerfG* found that mutual trust has its limits and ‘can be shaken’⁵⁴, ‘if there are indications based on facts that the requirements indispensable for the protection of human dignity would not be complied with in the case of an extradition’⁵⁵. The *BVerfG* focused on the principle of individual guilt, placed within the context of the protection of human dignity, which it asserted is beyond the reach of European integration⁵⁶, and found that it also applies to extraditions that take place on the basis of the EAW Framework Decision⁵⁷. In a landmark ruling, it introduced the requirement of identity review of measures implementing the EAW when the principle of human dignity is at stake. While the *BVerfG* ultimately found that the system established by EU law was not unconstitutional, it put forward a mechanism of scrutiny of fundamental rights concerns by the executing authority on an individualised basis⁵⁸. Whereas the evocation of the identity review by the *BVerfG* has rightly been criticised⁵⁹, the intervention by the German Constitutional Court has been of considerable significance in raising alarm bells in Luxembourg regarding the implications of continuing to uphold a version of presumed, uncritical, ‘blind trust’ for the credibility of the EAW system in the eyes of the authorities which are called upon to operate it and in the eyes of national constitutional courts.

The Court of Justice had the opportunity to examine directly the relationship between fundamental rights, mutual recognition and mutual trust in the joined cases of *Aranyosi* and *Căldăraru*⁶⁰, both referred for a

⁵³ *BVerfG*, Order of the Second Senate of 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14 - paras. (1-126).

⁵⁴ *Ibid.*, para 67.

⁵⁵ *Ibid.*, para 74. Also see para 83.

⁵⁶ *Ibid.*, para 76.

⁵⁷ *Ibid.*, para 72.

⁵⁸ See paras. 63-72.

⁵⁹ Meyer has noted that the emphasis on identity review did not fit the facts of the case, as EU secondary law was compliant with the German Constitution: F. MEYER, “‘From Solange II to Forever I’: The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded)”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 7, 2016, p. 277-294, at 283.

⁶⁰ Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi and Robert Căldăraru*, EU:C:2016:198.

preliminary ruling by the Higher Regional Court of Bremen. The reference was another opportunity for the CJEU to address directly the question of whether the execution of an EAW could be refused on the grounds of concerns over the violation of fundamental rights. The cases involved both prosecution and conviction warrants issued by Romania and Hungary. Concerns by German authorities centered on the impact of execution on Article 4 of the Charter in view of the existence of pilot judgments by the European Court of Human Rights attesting breaches of Article 3 ECHR on the grounds of the unacceptable state in prison conditions in both countries⁶¹. The German Court raised two broad questions at the heart of the discussion on defining the parameters of mutual trust: on the extent to which serious fundamental rights concerns could lead to the inadmissibility of a EAW and on the legal framework and content related to the provision of assurances by the issuing authorities asserting compliance with fundamental rights.

In a departure from earlier judgments, the CJEU proceeded to provide detailed guidelines to executing authorities on how they must proceed when assessing the existence of a risk of inhuman or degrading treatment arising from the execution of a EAW. The CJEU put forward a two-step approach. First, a general assessment of the risk must take place. Where the judicial authority of the executing Member State is in possession of evidence of a real risk of inhuman or degrading treatment of individuals detained in the issuing Member State, it is bound to assess the existence of that risk when it is called upon to decide on the surrender to the authorities of the issuing Member State of the individual sought by a EAW⁶². To that end, the national court may rely on information that is objective, reliable, specific and properly updated on the detention conditions prevailing in the issuing Member State and that demonstrates that there are deficiencies, which may be systemic or generalised, or which may affect certain groups of people, or which may affect certain places of detention. Sources may include judgments of international courts, such as judgments of the ECtHR, judgments of courts of the issuing Member State, and also decisions, reports and other documents produced by

⁶¹ *Ibid.*, paras 43-44 and 60-61.

⁶² *Ibid.*, para 88.

bodies of the Council of Europe or under the aegis of the United Nations⁶³. Domestic authorities are under a positive obligation to ensure that any prisoner is detained in conditions which guarantee respect for human dignity, that the way in which detention is enforced does not cause the individual concerned distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering that is inherent in detention and that, having regard to the practical requirements of imprisonment, the health and well-being of the prisoner are adequately protected⁶⁴.

However, a finding by the executing judicial authority that there is a real risk of inhuman or degrading treatment by virtue of general conditions of detention in the issuing Member State does not automatically signify that the execution of the EAW must be refused⁶⁵. Therefore, in addition to a general assessment of the risk, it will also be necessary for the executing judicial authority as a second step to proceed to a further assessment, specific and precise, of whether there are substantial grounds to believe that the individual concerned will be exposed to that risk because of the conditions for his detention envisaged in the issuing Member State⁶⁶. The executing authority is bound to determine whether, in the particular circumstances of the case, there are substantial grounds to believe that, following the surrender of that person to the issuing Member State, he will run a real risk of being subject in that Member State to inhuman or degrading treatment⁶⁷. If on the basis of the information provided the executing judicial authority finds that there exists a real risk of inhuman or degrading treatment for the individual in respect of whom the EAW was issued, then the execution is postponed, but it cannot be abandoned⁶⁸. Until the point of obtaining supplementing information that would discount the existence of a risk of inhuman or degrading treatment, a decision on the surrender must be postponed, but if the existence of that risk cannot be discounted within

⁶³ *Ibid.*, para 89.

⁶⁴ *Ibid.*, para 90.

⁶⁵ *Ibid.*, para 91.

⁶⁶ *Ibid.*, para 92.

⁶⁷ *Ibid.*, para 94.

⁶⁸ *Ibid.*, para 98.

a reasonable time, the executing judicial authority must decide whether the surrender procedure should be brought to an end⁶⁹.

Aranyosi is a landmark judgment and a turning point in the CJEU approach on mutual trust. It confirms a shift from automatic mutual recognition based on uncritical mutual trust (or, as the CJEU President Koen Lenaerts has put it ‘blind trust’⁷⁰) to earned trust on the basis of an individualised assessment of the fundamental rights consequences of surrender on the ground⁷¹. *Aranyosi* is significant here in two respects: in departing from the CJEU mantra of ‘systemic deficiencies’ when confirming the requirement for the executing authority to examine the impact of the surrender on an individual basis; and in emphasising (as it has done in its case-law on asylum, and in particular in *NS*) the need for an assessment not only of the law, but also of the practice of fundamental rights protection as regards the individual concerned⁷². *Aranyosi* is significant in the CJEU setting detailed parameters for the co-operative relationship between national authorities responsible for operating the EAW. The CJEU has provided reasonably detailed guidance on the dialogue between authorities under Article 15 of the FD-EAW under a two-stage approach. In this context, the CJEU appears to have been inspired by the fundamental rights review approach adopted by the *BVerfG*, an approach that has been based, as with the *BVerfG*, on the recognition that the right in question is an absolute right linked to human dignity⁷³. Although *Aranyosi* is not the outcome of a direct dialogue between the CJEU on the one hand and the *BVerfG* or the ECtHR on the other, its

⁶⁹ *Ibid.*, para 104.

⁷⁰ K. LENAERTS, “La Vie Après l’Avis: Exploring the Principle of Mutual (yet not Blind) Trust”, *Common Market Law Review*, vol. 54, 2017, p. 805-840, at 806.

⁷¹ Writing on the need for earned trust before *Aranyosi*, see V. MITSILEGAS, fn. 37, chapter 5.

⁷² V. MITSILEGAS, “Re-setting the Parameters of Mutual Trust: From *Aranyosi* to *LM*” in V. Mitsilegas, L. Mancano and A. di Martino (eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, Hart, 2019, forthcoming.

⁷³ See also ANAGNOSTARAS, “Mutual Confidence is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: *Aranyosi* and *Caldararu*”, *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, p. 1675-1704, at 1702.

reasoning and outcome can be seen as a recognition by the CJEU of the approach taken by both these courts regarding mutual trust⁷⁴.

Aranyosi is also significant as it serves as a benchmark for the relations of EU Member States with third countries. In the case of *Petruhhin*⁷⁵, – which involved an extradition request from Russia – the CJEU stated unequivocally that the mere existence of declarations and accession to international treaties guaranteeing respect for fundamental rights in principle *are not in themselves sufficient* to ensure adequate protection where reliable sources have reported practices resorted to or tolerated by the authorities which are manifestly contrary to the principles of the ECHR⁷⁶. The duties set out to judicial authorities by the CJEU in *Aranyosi* in internal EAW cases also apply, under certain circumstances, to requested authorities of EU Member States in extradition requests by third countries⁷⁷. In setting up its judgment, the Court reiterated that in its relations with the wider world, the European Union is to uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens, in accordance with Article 3(5) TEU⁷⁸.

As a first step in a change of direction for the CJEU, *Aranyosi* leaves however a number of questions unanswered or creates further questions: is the adopted approach applicable only to cases involving challenges to Article 4 of the Charter, only to absolute rights, or to any fundamental right? What is the extent of the obligations of the authorities operating the EAW under the co-operative mechanism following Article 15 of the Framework Decision? In particular, what is the role of assurances in this co-operative paradigm? And what is the extent of these obligations if there are broader systemic concerns on the protection of fundamental rights in the Member State where the issuing authority is based, raising underlying rule of law issues? The CJEU has since had the opportunity

⁷⁴ K. LENAERTS, fn. 69, at 807. According to President Lenaerts, the contours of principle are not carved in stone, but will take concrete shape by means of a constructive dialogue between the ECJ, the ECtHR and national courts.

⁷⁵ Case C 182/15, *Petruhhin*, ECLI:EU:C:2016:630.

⁷⁶ *Ibid.*, para 57.

⁷⁷ *Ibid.*, paras 58 and 59.

⁷⁸ *Ibid.*, para 44.

to provide answers to some of these detailed questions – especially on the intensity of scrutiny and assurances – in the case of *ML*⁷⁹.

Moreover, and significantly, the CJEU has since dealt with the extension of fundamental rights grounds to limit automaticity and the link between fundamental rights and the rule of law. In its ruling in *LM*, also known as *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*⁸⁰, the Court of Justice extended the two-stage *Aranyosi* test to cases where the rule of law is at stake, under the perspective of the right to a fair trial. In keeping with its case law, and notably with Opinion 2/13, the Court first recalled that EU law is based on the fundamental premiss that the Member States share a set of common values, as stated in Article 2 TEU⁸¹. This implies and justifies the existence of mutual trust between the Member States that those values will be recognised⁸². Mutual trust underpins the principle of mutual recognition and they both are ‘of fundamental importance given that they allow an area without internal borders to be created and maintained’⁸³. However, in exceptional circumstances, limitations may be placed on both these principles, as it is the case when the right not to be subjected to inhuman or degrading treatment is at stake (Article 4 of the Charter)⁸⁴. The Court has now extended these limitations when the respect of Article 47 of the Charter, which enshrines the right to an effective remedy and to a fair trial, is jeopardised. The Luxembourg Court points out that judicial independence ‘forms part of the essence of the fundamental right to a fair trial, a right which is of cardinal importance as a guarantee that all the rights which individuals derive from EU law will be protected and that the values common to the Member States set out in Article 2 TEU, in particular the value of the *rule of law*, will be safeguarded’⁸⁵. The Court then referred

⁷⁹ Case C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft*, ECLI:EU:C:2018:589.

⁸⁰ Case C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, EU:C:2018:586.

⁸¹ *Ibid.*, para. 35.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibid.*, para. 36.

⁸⁴ Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*

⁸⁵ *Ibid.*, para. 48 (emphasis added).

back to its judgment of February 2018 concerning the reduction in the remuneration of Portuguese judges, where it lingers over the notion of the rule of law⁸⁶. In this ruling, the Court provided the first interpretation of Article 47 of the Charter and highlights that ‘the very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with EU law is of the essence of the rule of law’⁸⁷. This requires the independence of courts and tribunals, which is essential to the proper working of the judicial cooperation system embodied by the preliminary ruling mechanism⁸⁸. It is also essential, the Court added in *LM*, in the context of the EAW mechanism⁸⁹. Recalling some previous judgments on the rationale behind the EAW Framework Decision, the Court concludes that the high level of trust between Member States underpinning the EAW mechanism is founded on the premiss that the criminal courts of the other Member States ‘meet the requirements of effective judicial protection, which include, in particular, the independence and impartiality of those courts’⁹⁰.

The Court’s ruling in *LM* is of far-reaching significance as it paves the way for rule of law scrutiny in Member States via the examination of the fundamental rights concerns underpinning the execution of a EAW. The dialogue between the Irish Court which referred the case and the CJEU constitutes a key example of bottom-up scrutiny of the rule of law across the European Union. This bottom-up scrutiny can go a long way in addressing the shortcomings of law and practice in relation to the operation of Article 7 TEU and the role and limits of EU institutions in scrutinizing effectively rule of law compliance in Member States⁹¹. National courts can escalate their concerns to the CJEU and invite the

⁸⁶ Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117.

⁸⁷ Case C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, para. 51, with reference to para. 36 of Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

⁸⁸ Case C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, paras. 53-54, with reference to paras. 41-43 of Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

⁸⁹ Case C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)*, para. 55.

⁹⁰ *Ibid.*, para. 58.

⁹¹ V. MITSILEGAS and S. CARRERA, “Upholding the Rule of Law by Scrutinising Judicial Independence”, *CEPS Commentary*, (2018), <<https://www.>

Court of Justice to make an assessment. This scrutiny is central for the credible and effective operation of the EAW system, involving cross-border cooperation based on mutual trust. Rule of law scrutiny here occurs in a mechanism involving courts, rather than the executive. It is a mechanism which promotes dialogue and horizontal interactions, and which stresses the importance of rule of law compliance and scrutiny on the ground. The CJEU can act as the enabler of a dialogue between national authorities, providing avenues of communication and cooperation not only at the level of the highest courts, but importantly in the context of the operation of the EAW also at the level of lower courts. In terms of the scope of fundamental rights scrutiny, *LM* is of importance as it confirms that such scrutiny is not confined to Article 4 of the Charter but extends also to other rights (in the present case Article 47 rights) when linked to the operation of the rule of law.

5. HARMONISATION OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW AS A FACILITATOR OF MUTUAL RECOGNITION – THE CASE OF DEFENCE RIGHTS

A key question arising from a highly integrated model of judicial cooperation in criminal matters based on mutual trust is the extent to which such a system can operate effectively and credibly without the establishment of a level-playing field in terms of procedural safeguards for the individuals concerned. The EU legislator has attempted to address mutual trust and fundamental rights challenges arising in the operation of mutual recognition by resorting to –at least minimum – harmonisation. Post-Lisbon, Article 82(2)(b) TFEU confers upon the European Union express competence to adopt minimum rules on the rights of individuals in criminal procedure. EU competence in the field is not self-standing, but functional: competence to adopt rules on procedural rights has been conferred to the EU only to the extent necessary to facilitate mutual recognition and police and judicial cooperation in criminal matters having a cross-border dimension. Since the entry into force of the Lisbon Treaty, six minimum standards Directives have been adopted under the Article 82(2)

ceps.eu/publications/upholding-rule-law-scrutinising-judicial-independence-irish-courts-request-preliminary> (last visited 13 Sept. 2018).

(b) TFEU legal basis covering the right to interpretation and translation⁹², the right to information⁹³, the right of access to a lawyer⁹⁴, legal aid⁹⁵, procedural safeguards for children⁹⁶ and the presumption of innocence and the right to be present at the trial in criminal proceedings⁹⁷. The Commission has also released a Green Paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention discussing the possibility to propose legislation on the matter based on Article 82(2) TFEU⁹⁸.

The adoption of these Directives has been justified on the grounds that they would serve to enhance mutual trust. The Preamble to the Directive on the right to interpretation and translation states for instance that ‘mutual recognition of decisions in criminal matters can operate effectively in a spirit of trust in which not only judicial authorities but all actors in the criminal process consider decisions of the judicial authorities of other Member States as equivalent to their own, implying not only

⁹² Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280, 26.10.2010, p. 1-7, at 1.

⁹³ Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142, 1.6.2012, p. 1-10, at 1.

⁹⁴ Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, OJ L 294, 6.11.2013, p. 1-12, at 1.

⁹⁵ Directive (EU) 2016/1919 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings, OJ L 297, 4.11.2016, p. 1-8.

⁹⁶ Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, OJ L 132, 21.5.2016, p. 1-20.

⁹⁷ Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings OJ L 65, 11.3.2016, p. 1–11.

⁹⁸ *Green Paper: Strengthening mutual trust in the European judicial area – A Green paper on the application of EU criminal justice legislation in the field of detention*, COM(2011) 327 final.

trust in the adequacy of other Member States' rules, but also trust that those rules are correctly applied⁹⁹. The same wording is used in the Preamble to the Directive on the right to information¹⁰⁰, and the right to access to a lawyer¹⁰¹. While it may be difficult to establish a direct causal link between the minimum harmonisation of criminal procedural rules at EU level on the one hand and the enhancement of mutual trust in the operation of mutual recognition on the other¹⁰², the adoption of EU law in the field will certainly serve to enhance the protection of fundamental rights in Europe's AFSJ and this may have an impact on the behaviour of the key actors – in particular judicial authorities – entrusted with the implementation and operation of mutual recognition. Although the stated aim of the Directives has been to establish minimum standards, they have introduced a series of binding norms on fundamental rights which have been interpreted by the Court of Justice thus far from a teleological perspective aiming to ensure the full effectiveness, including the effective exercise, of these rights¹⁰³.

There are three important parameters to the contribution of the EU measures on defence rights to the enhancement of the protection of fundamental rights and the reconfiguration of the relationship between authorities entrusted to implement the principle of mutual recognition. These parameters concern the level of protection envisaged by the EU instruments, the impact of the latter onto domestic legal orders, and the enhanced avenues of fundamental rights scrutiny

⁹⁹ Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, cit., recital 4.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibid.*, Preamble, recital 6. While earlier drafts of the Directive on access to a lawyer expanded the link between defence rights and trust by stating that common minimum rules 'should increase confidence in the criminal justice systems of all Member States, which in turn should lead to more efficient judicial cooperation in a climate of mutual trust *and to the promotion of a fundamental rights culture in the Union*' COM(2011) 326 final, recital 3, emphasis added. Council of the EU, 10467/12, 2011/0154 (COD).

¹⁰² For such a critique, see V. MITSILEGAS, fn. 37, chapter 6.

¹⁰³ Case C-216/14 *Covaci*, ECLI:EU:C:2015:686; Joined Cases C-124/16 *Ianos Tranca*, C-188/16 *Tanja Reiter* and C-213/16 *Ionel Opria*, ECLI:EU:C:2017:228; see also Opinion of AG Bot, Case C-216/4, *Covaci*, ECLI:EU:C:2015:305, paras. 32-33, 74.

which the very existence of EU secondary law on fundamental rights entails. In terms of the level of protection: although the Directives introduce minimum standards and have been adopted to facilitate cross-border cooperation, they are applicable also to purely domestic situations¹⁰⁴. Importantly, the Directives allow Member States the possibility of offering a higher level of protection under national law. This is enshrined in the text of the Directives via the introduction of non-regression clauses, affirming that nothing in the Directives must be construed as limiting or derogating from any of the rights and procedural safeguards that are ensured under the Charter, the ECHR, or other relevant provisions of international law or the law of any Member State which provides a higher level of protection¹⁰⁵.

The existence of non-regression clauses renders the applicability of the *Melloni* ruling in cross-border cases contested. *Melloni* requires national authorities not to expect other systems to offer similarly high standards of fundamental rights protection to their own domestic standards, as long as the standard of protection in the Member State of the issuing authority is compatible with the Charter. This applies in particular in cases where there has been harmonisation at EU level. As the Preamble to the access to a lawyer Directive states expressly, a higher level of protection by Member States should not constitute an obstacle to the mutual recognition of judicial decisions that those minimum

¹⁰⁴ See P. CAEIRO, “Introdução / Introduction”, in Pedro Caeiro (org.), *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português / The European Union Agenda on Procedural Safeguards for Suspects or Accused Persons: the “second wave” and its predictable impact on Portuguese law*, Instituto Jurídico, 2015 (available at: <https://ij.fd.uc.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf>), p. 8 f. (English version at p. 13 f.).

¹⁰⁵ Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, art. 8; Directive on the right to information in criminal proceedings, art. 10; Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings, art. 14; Directive on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceeding, art. 11; Directive on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, art. 23; Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, art. 13.

rules are designed to facilitate¹⁰⁶. However, it is questionable whether minimum harmonisation in the field of procedural rights, coupled with non-regression clauses, is sufficient to justify such an approach. In terms of the interaction of national authorities trying to establish mutual trust, it may be a challenge to accept lower standards in fundamental rights in another Member State when EU law provides only for minimum harmonisation (which can constitute the lowest common denominator for protection at times) and leaves considerable margin of discretion for the adoption of higher standards by Member States. This is particularly the case as in this kind of legislation law in the books is inextricably linked with law in action, with effective protection being dependent on how the provisions of the Directives are actually implemented on the ground.

Having said that, the adoption of EU legislation in the field of procedural rights opens up two further avenues which will serve to enhance substantially the level of protection of fundamental rights. The second parameter in terms of providing a high level of protection involves the far-reaching impact of EU law on domestic legal systems. A number of key provisions conferring rights in the Directives have direct effect. In a system of decentralised enforcement of EU law, individuals can evoke and claim rights directly before their national courts if the EU Directives have not been implemented or have been inadequately implemented. Direct effect means in practice that a suspect or accused person can derive a number of key rights – such as the right to an interpreter or the right to access to a lawyer – directly from EU law if national legislation has not made appropriate provision in conformity with EU law¹⁰⁷.

These mechanisms of decentralised enforcement of secondary EU law which is essentially fundamental rights law are coupled with the third parameter of protection, namely the proliferation of avenues and means of scrutiny of implementation and operation of these measures on the ground. Post-Lisbon, the Commission has full powers to monitor the implementation of these Directives by Member States and has the power

¹⁰⁶ Preamble of the Directive on the right of access to a lawyer, cit., recital 54.

¹⁰⁷ The Spanish Constitutional Court has confirmed that provisions of the Directive on the right to information entail direct effect: see STC 13/2017, of 30 January 2017.

to introduce infringement proceedings before the Court of Justice when it considers that the Directives have not been implemented adequately. The scope of the Commission's scrutiny is broader than to check merely the provision of national legislation adopted to implement specifically the EU Directives in question. The Commission is also under the duty to scrutinise national systems more broadly to ensure that effective implementation has taken place, as well as to ensure that rights are applied fully in practice. It must be noted in this context that the procedural standards set out in the Directives will have an impact on a wide range of acts under national criminal procedure¹⁰⁸, which, under the CJEU approach in *Fransson*¹⁰⁹, will fall within Charter scrutiny although they do not necessarily implement a specific Directive provision. This view is reinforced by the Court's finding in *Siragusa* that it is important to consider the objective of protecting fundamental rights in EU law, which is to ensure that those rights are not infringed in areas of EU activity, whether through action at EU level or through the implementation of EU law by the Member States¹¹⁰.

This approach extends to the Commission's scrutiny of the implementation of mutual recognition measures such as the EAW. In view of persistent fundamental rights concerns raised at national level, such scrutiny must include prison and detention conditions and trial and pre-trial procedures, although the EU has not legislated specifically on these matters. The adoption of EU measures on procedural rights is significant in this context as it creates a continuum and a functional link between fundamental rights legislation and enforcement legislation in the European public order. It can be seen as a first step towards further convergence, either by further legislation leading to higher-level harmonisation, or at the level of the interpretation by the CJEU, by developing fundamental rights protections and an interpretative level-playing field via the definition of autonomous concepts.¹¹¹

¹⁰⁸ See Opinion of AG Bot in Case C-216/4, *Covaci*, EU:C:2015:305, in particular paras 105-106.

¹⁰⁹ Case C-617/10, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105.

¹¹⁰ Case C-206/13, *Cruciano Siragusa*, EU:C:2014:126, para 31.

¹¹¹ On the role of autonomous concepts in managing diversity in Europe's area of criminal justice see V. MITSILEGAS, "Managing Legal Diversity in

6. CONCLUSION: FROM 'BLIND' TO EARNED TRUST IN EUROPE'S AREA OF CRIMINAL JUSTICE

This article has demonstrated the evolution of the place of fundamental rights in the operation of the principle of mutual recognition in EU criminal law. The initial approach of the EU legislator – exemplified in the adoption of the FD-EAW – which promoted automaticity in recognition based on 'blind trust' with limited space for fundamental rights scrutiny of the execution of mutual recognition requests has been met with resistance by national legislators and courts. This has led to the slow evolution of the case-law of the CJEU, which following direct and indirect dialogue with national courts has finally adopted a decisive move from 'blind' to earned trust in its ruling in *Aranyosi*, which introduced a mechanism for a meaningful scrutiny of the fundamental rights implications of a surrender for the individual concerned. *Aranyosi* has also been applied to extradition requests by third countries, and, significantly, its application has not been limited to Article 3 ECHR/Article 4 Charter cases but has been extended to judicial protection rights linked to the rule of law. At the same time, the EU legislators have made ample use of the opportunities offered by the Lisbon Treaty to 'legislate for human rights'¹¹² under Article 82(2) TFEU and to adopt a series of Directives covering a number of rights of the individual in criminal proceedings. Although these Directives claim to introduce minimum standards only, their impact on enhancing fundamental rights protection in Europe's area of criminal justice is significant: they apply not only to cross-border, but also to domestic situations; the need for their effectiveness has been underpinned by the CJEU; and a number of their key provisions have direct effect. Importantly, and similarly with the CJEU approach in *Aranyosi*, the adoption by the EU of measures on defence rights and the requirement to ensure their

Europe's Area of Criminal Justice: The Role of Autonomous Concepts" in R. Colson and S. Field (eds.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Legal Diversity. Towards A Socio-Legal Approach to EU Criminal Policy*, CUP, 2016, p. 125-160.

¹¹² V. MITSILEGAS, "Legislating for Human Rights After Lisbon: The Transformative Effect of EU Measures on Procedural Rights in Criminal Proceedings", in M. Fletcher, E. Herlin-Karnell and C. Matera (eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Routledge, 2017, p. 201-215.

effective implementation opens the door to extensive scrutiny of national criminal justice systems on the ground and in a holistic way.

Ensuring effective and real compliance with fundamental rights leads to a transformation of the operation of the principle of mutual recognition in criminal matters, on the basis of a shift from blind to earned trust in Europe's area of criminal justice. In this manner, via the opening of avenues of dialogue between national courts operating the system of mutual recognition, but also of avenues of dialogue between national courts and the CJEU and avenues of communication between national authorities, EU institutions and civil society, the European Union may be closer to achieving an effective and credible system of judicial cooperation legitimised via the effective, on the ground, protection of fundamental rights.

REFERENCES

ANAGNOSTARAS, "Mutual Confidence is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: *Aranyosi and Caldaru*", *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016.

D. HALBERSTAM, "'It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward", *Michigan Law School, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, vol. 432, 2015.

F. MEYER, "From Solange II to Forever I: The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded)", *New Journal of European Criminal Law*, vol. 7, 2016.

K. LENAERTS, "La Vie Après l'Avis: Exploring the Principle of Mutual (yet not Blind) Trust", *Common Market Law Review*, vol. 54, 2017. K. LENAERTS, fn. 69, at 807. According to President Lenaerts, the contours of principle are not carved in stone, but will take concrete shape by means of a constructive dialogue between the ECJ, the ECtHR and national courts.

K. NICOLAIDIS and G. SHAFFER, "Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p.263-317; K. NICOLAIDIS, "Trusting the Poles? Constructing Europe through Mutual Recognition", *Journal of European Public Policy*, vol. 14, 2007.

P. CAEIRO, “Introdução / Introduction”, in Pedro Caeiro (org.), *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português / The European Union Agenda on Procedural Safeguards for Suspects or Accused Persons: the “second wave” and its predictable impact on Portuguese law*, Instituto Jurídico, 2015 (available at: <https://ij.fed.uep.pt/publicacoes/comentarios/ebook_1_comentarios.pdf>), p. 8 f. (English version at p. 13 f.).

S. BAKER. *A Review of the United Kingdom’s Extradition Arrangements*, presented to the Home Secretary on 30 September 2011.

V. MITSILEGAS. “Re-setting the Parameters of Mutual Trust: From *Aranyosi* to *LM*”. In: V. Mitsilegas, L. Mancano and A. di Martino (eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, Hart, 2019, forthcoming.

V. MITSILEGAS; S. CARRERA, “Upholding the Rule of Law by Scrutinising Judicial Independence”, *CEPS Commentary*, (2018), <<https://www.ceps.eu/publications/upholding-rule-law-scrutinising-judicial-independence-irish-courts-request-preliminary>> (last visited 13 Sept. 2018).

V. MITSILEGAS, “Legislating for Human Rights After Lisbon: The Transformative Effect of EU Measures on Procedural Rights in Criminal Proceedings”. In: M. Fletcher, E. Herlin-Karnell and C. Matera (eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Routledge, 2017.

V. MITSILEGAS. “Managing Legal Diversity in Europe’s Area of Criminal Justice: The Role of Autonomous Concepts” in R. Colson and S. Field (eds.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Legal Diversity. Towards A Socio-Legal Approach to EU Criminal Policy*, CUP, 2016.

V. MITSILEGAS. “Mutual Recognition, Mutual Trust and Fundamental Rights After Lisbon” in V. Mitsilegas, M. Bergström and T. Konstadinides (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edward Elgar, 2016.

V. MITSILEGAS. *EU Criminal Law After Lisbon*, Hart, 2016.

V. MITSILEGAS. “The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe’s Area of Criminal Justice”, *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6, 2015.

V. MITSILEGAS. “The Area of Freedom, Security and Justice from Amsterdam to Lisbon: Challenges of Implementation, Constitutionality and Fundamental Rights”,

in J. Laffranque (ed.) *The Area of Freedom, Security and Justice, Including Information Society Issues* (Reports of the XXV FIDE Congress, Tallinn 2012), vol. 3, 2012.

V. MITSILEGAS. “The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice. From Automatic Inter-state Cooperation to the Slow Emergence of the Individual”, in *Yearbook of European Law*, vol. 31, 2012.

V. MITSILEGAS. “The Third Wave of Third Pillar Law: Which Direction for EU Criminal Justice?”, *European Law Review*, vol. 34, 2009.

V. MITSILEGAS. “The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU”, *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006.

Informações adicionais e declarações dos autores

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor 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): Versão revisada e atualizada de artigo publicado originalmente em: MITSILEGAS, Valsamis. Mutual Recognition and Criminal Law. In: SANCHEZ, Iglesias; DOMINGUEZ (eds). *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*.

Dados do processo editorial

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

▪ Recebido em: 29/04/2019

▪ Autor convidado

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies> - custom-1

Equipe editorial envolvida

▪ Editor-chefe: 1 (VGV)

▪ Editor-associado: 2 (PC e EB)

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MITSILEGAS, Valsamis. The European Model of Judicial Cooperation in Criminal Matters: Towards Effectiveness based on Earned Trust. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 565-595, mai./ago., 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.248>



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

A territorialidade no contexto da criminalidade global: considerações sobre a influência do ciberespaço na delimitação jurisdicional

Territoriality in the context of global crime: reflections of the impact of cyberspace on jurisdictional delimitation

Daniel Leonhardt dos Santos¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS

daniel@leonhardtsantos.com

 <http://lattes.cnpq.br/7849499503476656>

 <https://orcid.org/0000-0002-2954-5325>

RESUMO: O artigo desenvolve o problema estabelecido pelas novas tecnologias e o seu impacto para o direito, mais especificamente com a redução das distâncias e a facilitação de perpetração de condutas em territórios de múltiplos Estados. Problema cuja complexidade é ampliada pelo contexto de mundo global, de ampliação dos espaços de interação e de aproximação entre os indivíduos proporcionados pelo ciberespaço. O surgimento de novas tecnologias introduziu mudanças de necessário relevo à análise jurídica. Nesse contexto, buscamos responder à seguinte pergunta: as tradicionais categorias de territorialidade e de delimitação da jurisdição são suficientes para, no contexto internacional, resolver os complexos problemas introduzidos pela Internet? A partir da revisão bibliográfica sobre o tema, e do amparo de casos selecionados, concluímos que a territorialidade, amparada pela extraterritorialidade e pela delimitação da lei penal no espaço, não é suficiente para a solução desses problemas; encontrando-se, na

¹ Doutor (2018) em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul com período de doutorado sanduíche (2017, PDSE-CAPES) na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Ciência Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2014), especialista em Ciência Penais (2013) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012).

jurisdição prerrogativa, a principal barreira de atuação do poder estatal em âmbito internacional.

PALAVRAS-CHAVE: territorialidade; crimes transnacionais; jurisdição internacional.

ABSTRACT: *The article elaborates on the problem established by new technologies and their impact on the law, more specifically with the narrowing of distances facilitating the perpetration of practices in territories of multiple states. A problem whose complexity is amplified by the context of the global world, of expanding the spaces of interaction and of approach between individuals provided by cyberspace. The emergence of new technologies introduced changes of necessary importance to legal analysis. In this context, we seek to answer the following question: are the traditional categories of territoriality and jurisdictional delimitation sufficient, in the international context, to solve the complex problems introduced by the Internet? From the bibliographic review on the subject, and the support of chosen cases, we conclude that territoriality, supported by extraterritoriality, is not enough to solve these problems; being, in the enforcement jurisdiction, the main barrier of action of state power in the international scope.*

KEYWORDS: territoriality; transnational crimes; international jurisdiction.

SUMÁRIO: Introdução; 1. As novas tecnologias e o seu impacto no direito penal no contexto global. Breve análise; 2. O limite do tradicional princípio da territorialidade no contexto de criminalidade global; 3. O limite da jurisdição prerrogativa no âmbito online; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O direito penal possui um duplo aspecto de eficácia – positivo e negativo – ao qual, dentro desse âmbito, atrela-se um determinado território nacional pertencente a um determinado Estado. No seu aspecto de eficácia positivo, compete ao próprio Estado o julgamento e a punição de qualquer infração que, no bojo do seu território, é perpetrada. No seu aspecto de eficácia negativo – em uma simetria com o próprio âmbito positivo –, praticando, seus cidadãos, qualquer delito em outro espaço de

eficácia de outro Estado, compete a este, então, a função de julgamento e punição dessa mesma conduta, e não ao Estado de origem do indivíduo.

Trata-se de uma arquitetura que resulta no princípio da territorialidade da aplicação da lei penal no espaço, com fundamento na soberania estatal. Essa é uma estrutura visível, conhecida e aceita, tendo em vista que o homem e seus comportamentos ocorrem, quaisquer que sejam eles, na sua representação social, em um *determinado espaço*. Ações que, antes do advento de muitos dos aparatos tecnológicos, possuem condutas e resultados atrelados a dimensões espaciais calculáveis e previsíveis. Havia uma visibilidade associada à conduta e ao resultado. Visibilidade que permitia delimitar cristalinamente o espaço ao qual essa conduta estava circunscrita. Nas palavras de Faria Costa, “tudo tinha lugar, tudo se passava, no território que era o ‘lugar’ da realização histórica de todos os lugares”.² Perspectiva que proporcionou a base gnosiológica do pensamento que estruturou todo o arcabouço teórico da aplicação da lei penal no espaço: na visibilidade e na previsibilidade dos espaços aos quais estão atreladas as condutas delitivas. Era uma relação consequencial clara e direta.

Em termos de Estado, essa relação ocorria pelo “dentro” e o “fora”. O dentro do Estado – ao qual lhe competia julgar e punir – e o fora, ao qual lhe era estranho. Perspectiva que, com o advento dos aparatos tecnológicos e do mundo global, fragiliza-se, tornando-se insuficiente para a solução dos problemas impostos pelo crime transnacional. Não há mais o “dentro”, nem o “fora”.³ As clássicas referências da aplicação da lei penal no espaço já não mais dão conta da complexidade das relações transnacionais e da ampliação dos espaços de interação desencadeados

² FARIA COSTA, José de. *Direito penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 72;75. Cf. os apontamentos apresentados em FARIA COSTA, José Francisco de. O princípio da territorialidade: entre Portugal e o Brasil. *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, n. 3950, p. 285-293, 2008, p. 288 e ss.

³ Problemática que leva Faria Costa a afirmar: “o grande desafio deste século para o direito penal será o de reconstrução de toda a dogmática da aplicação da lei penal no espaço. Indubitavelmente” (FARIA COSTA, José Francisco de. O mundo de hoje e o direito penal: primeira aproximação. In: D’AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016, p. 11).

pelo desenvolvimento tecnológico, assim como as clássicas definições delimitadoras de um direito penal transnacional.

O trinômio estabelecido entre Estado soberano, território e *jus puniendi*, assentado na ideia de exclusividade, encontra-se, hoje, em crise.⁴ Dos vetores a ela associados – do fenômeno social ao jurídico-político –, Caeiro congrega a união de ambos como catalisadores dessa crise. De um lado, a representação social de certos fenômenos considerados globais, tais quais o terrorismo internacional⁵ e o tráfico de armas nucleares, nos quais se exigem reações em uma mesma dimensão – i.e., reações globais –; assim como fatores outros como a ampliação da mobilidade internacional, dos fluxos migratórios e das violações aos direitos humanos. E, de outro lado, como resposta ao primeiro grupo, encontramos a crescente criação de aparatos jurídico-internacionais de defesa dos direitos humanos e de repressão jurídico-penal aos crimes contra o direito internacional. Vetores que congregados convergem à *desterritorialização* “de certas relações sociais e, conseqüentemente, em uma ‘desestatização’ parcial dos poderes que as regulam, em favor de ordenamentos jurídicos não-estatais e de organizações políticas mais amplas”, resultando, muitas vezes, em uma “alegada inadequação (quando não caducidade) da figura do Estado como instância de regulamentação e controle de certos fenômenos criminais”.⁶

⁴ CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 19-20.

⁵ Cf., como exemplo de um ataque em escala global de um atentado terrorista no ciberespaço, o caso fictício apresentado por Banks, no qual, a partir de um ataque de DoS, interrompem-se importantes setores da economia, como instituições financeiras e serviços de energia elétrica, desencadeando uma crise em diversos âmbitos, com conseqüências não só econômicas, mas, também, à integridade física da população (BANKS, William C. An emerging international legal architecture for cyber conflict. In: SANDHOLTZ, Wayne; WHYTOCK, Christopher A. *Research handbook on the politics of international law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017, p. 391 e ss.). Apesar de, no exemplo apresentado pelo autor, exagerar-se nas conseqüências e na forma de perpetração de um possível atentado, pode-se perceber que, a partir do ataque realizado em maio de 2017 contra a rede de hospitais londrinos, a possibilidade de ocorrência da interrupção, por um atentado, de serviços essenciais não é tão fictícia.

⁶ CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 20-21.

Vetores cujas consequências influenciam diretamente no âmbito de eficácia do direito penal.

A partir dessa perspectiva, crescem-se, ainda, os problemas decorrentes das diferenças estabelecidas entre os espaços de atuação do *local* e do *global*. Conflitos resultantes de uma atuação de preceitos normativos desenvolvidos a partir de uma perspectiva espacial interna e aplicados às relações estruturadas em uma perspectiva transnacional. Cria-se um problema com as diferenças entre as categorias desenvolvidas a partir de uma específica gnosiologia *local* e a sua utilização irrefletida em um contexto *global*.

A partir deste contexto, buscaremos delinear alguns dos problemas decorrentes da constante transnacionalização das condutas – especialmente a partir das novas tecnologias – e suas consequências para o direito. Por meio da revisão bibliográfica sobre o tema, e do amparo de casos selecionados, questionamos: as tradicionais categorias de territorialidade e de delimitação da jurisdição são suficientes para, no contexto internacional, resolver os complexos problemas introduzidos pela Internet?

1. AS NOVAS TECNOLOGIAS E O SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL NO CONTEXTO GLOBAL. BREVE ANÁLISE.

A mudança na realidade sociocultural proporcionada pelas novas tecnologias introduziu espaços de convívio e de interação que substituíram em múltiplos casos a tradicional realidade tangível – como é possível verificar com o *ciberespaço* – e criou *meios, objetos* e novas manifestações dos *valores* então desconhecidos ao indivíduo que, ao longo dos anos, assumiram importante relevo no modo-de-viver do ser humano⁷ e no

⁷ Cf. SIEBER, Ulrich. Mastering complexity in the global cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law. In: LELIEUR, Juliette. *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris : Société de Législation Comparée, 2008, p. 132-138 ; NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 12, 160-170; GIDDENS, Anthony. *Modernity and self-identity: self and society in the late modern age*. Califórnia: Stanford University Press, 1991, p. 2 e ss.; CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 49; SILVA JÚNIOR, Délio Lins. Crimes

modo-de-atuar da normatividade jurídico-penal e jurídico-processual.⁸ A ampliação do espaço ocupado pelo ciberespaço é crescente, e, com a importância que essa realidade assume, especialmente no âmbito relacionado à jurisdição, é necessária uma reflexão direcionada às especificidades dessa realidade.

Em virtude das mudanças jurídico-sociais desenvolvidas pelo avanço tecnológico, com a inserção da informática e da Internet e a conseqüente mudança dos espaços de desenvolvimento pessoais, culturais e sociais, a informática assumiu importante papel na vida do homem. A tecnologia transformou o modo-de-pensar e o modo-de-agir do homem, e, em algumas esferas, pode-se dizer que transformou o próprio mundo do homem.

As novas tecnologias assumiram o protagonismo nas forças geradoras das mudanças socioculturais, de necessário reflexo à normatividade jurídico-penal (na percepção axiológica de proteção da norma) e jurídico-processual (delimitação jurisdicional nos crimes transnacionais). Representadas principalmente pela Internet, as novas tecnologias introduziram novos espaços de atuação da normatividade; espaços não apenas novos, mas que impuseram a necessidade de uma *nova* forma de pensar os problemas jurídicos e suas conseqüentes soluções. Em uma complexa sociedade cujo resguardo do direito ocorre a partir de mecanismos cujas bases são estruturadas a partir de conceitos concebidos e desenvolvidos no bojo de um mundo *local*.

informáticos: sua vitimização e a questão do tipo objetivo. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (org.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 313; ROMEO CASABONA, Carlos María. Dos delitos informáticos ao crime cibernético: uma aproximação conceitual e político-criminal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, Vol. 6, jul. 2011, p. 509; FONSECA, Antonio. Aspectos econômicos do crime de informática. *Revista dos Tribunais*, vol. 809, mar. 2003, p. 411; FERREIRA, Lóren Formiga de Pinto; FERREIRA JÚNIOR, José Carlos Macedo de Pinto. Os “crimes de informática” e seu enquadramento no direito penal pátrio. *Revista dos Tribunais*, vol. 893, mar. 2010, p. 407.

⁸ Cf., entre outros, CHAN, Janet B. L. The technological game: how information technology is transforming police practice. In: WALL, David S. (org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 513 e ss.

Nesse contexto, os crimes de informática representam a principal materialização dessa nova complexidade. São uma forma de criminalidade manifestamente transnacional, especialmente no que concerne aos dados em sistemas informáticas, cujo acesso e armazenamento são facilmente transferidos de forma global (e cujo controle e regulação impõem uma elevada dificuldade e complexidade). Crimes que impõem uma nova e complexa tecnicidade à análise jurídico-penal de suas nuances. Análise que reclama a necessidade de uma especialização técnica, de uma específica expertise alheia ao direito. Representam, ainda, uma variedade de fenômenos, uma transdisciplinaridade, que requerem “um considerável número de instrumentos legais”.⁹

A ampliação de uma sociedade global acarretou fundamentais mudanças, não apenas nos aspectos econômico e social, mas, também, político e dogmático-jurídico.¹⁰ A crescente transnacionalização das atividades¹¹ passíveis de regulação jurídica acarretou a necessária indagação a importantes questionamentos que, tendo em vista a transterritorialidade e a transestatalidade dessas condutas, levam a serem estabelecidas sob uma perspectiva transfronteiriça. Problemas que necessitam de uma solução pensada também em uma perspectiva global, no “esforço conjunto da comunidade de Estados mundiais”.¹²

⁹ Situação na qual, para Sieber, impõem uma dificuldade ao processo de harmonização: “diferenciando-se, por exemplo, entre a harmonização das várias formas de crime assim como a harmonização entre o direito penal material, o direito processual penal, e o direito internacional de cooperação” (SIEBER, Ulrich. *Mastering complexity in the global cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law*. In: LELIEUR, Juliette. *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris : Société de Législation Comparée, 2008, p. 127-8. Trad. Livre)

¹⁰ SIEBER, Ulrich. *Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms*. *Max Planck yearbook of United Nations law*, vol. 14. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 4.

¹¹ Cf. SPANG-HANSEN, Henrik. *Cyberspace & international law on jurisdiction: possibilities of dividing cyberspace into jurisdictions with help of filters and firewall software*. Copenhagen: DJOF Publishing, 2004, p. 375.

¹² SIEBER, Ulrich. *Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms*. *Max Planck yearbook of United Nations law*, vol. 14. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 5. Trad. Livre. Delmas-Marty, em sentido semelhante, expõe que “a criminalidade transnacional marca uma evolução, dos territórios (extensão geográfica

Cresce a necessidade de releitura dos critérios de aplicação da lei no espaço e de delimitação jurisdicional, nos quais seja possível, às atividades de caráter transnacional, o seguro estabelecimento de qual norma deverá ser aplicada a cada caso. Na sua falta, por outro lado, abre-se espaço à exploração de possíveis lacunas de impunidade. Problemática que se intensifica, ainda, por um viés de aplicabilidade dessas normas, que só podem assim serem efetuadas a partir de uma atuação conjunta das forças nacionais. Deve-se garantir que as “regulações são não apenas nacional, mas também transnacionalmente aplicadas e cumpridas”.¹³

Cada vez mais as fronteiras territoriais que delimitam os Estados perdem suas forças. Da mesma forma, o monopólio estatal na criação e coerção da norma, e sua força autoritária, enfraquece-se. Ampliam-se os polos de atuação privada de conglomerados multinacionais e de agentes supranacionais no estabelecimento de parâmetros normativos, assim como sua força no estabelecimento de marcos regulatórios e na transformação dos espaços de abertura à autorregulação. Em igual medida, ampliam-se as forças de influências dos “conglomerados econômicos transnacionais” nas políticas estatais,¹⁴ não apenas de setores cíveis, mas também criminal – e, especialmente, de política legislativa.

e topografia) para as redes (organização global e topologia) e dos criminosos amadores para os ‘empresários do crime’”. Assim, pois, “Enquanto o Direito Penal estadual se mantém essencialmente ligado ao território e adaptado aos indivíduos isolados, o crime transnacional, andando a par com a organização em redes transfronteiriças, exige o reforço da cooperação internacional *stricto sensu* e a adoção de normas comuns, se não totalmente uniformizadas, pelo menos compatíveis entre si” (DELMAS-MARTY, Mireille. O direito penal como ética da mundialização. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 14, n. 3, p. 287-304, 2004, p. 290). Cf., também, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y concepciones del derecho penal. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XXIX, p. 141-206, 2009, p. 143.

¹³ SIEBER, Ulrich. Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck yearbook of United Nations law*, vol. 14. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 7. Trad. Livre. Cf., também, SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 3, p. 7-88, 2008, p. 9-13.

¹⁴ FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 10, fasc. 2, p. 183-228, 2000, p. 188.

O mesmo desenvolvimento tecnológico que permite o crescimento econômico e o estabelecimento de corporações transnacionais e sua atuação relativamente independente dos Estados, também permite a atuação de grupos organizados em perpetrar ilícitos para além das tradicionais limitações do princípio da territorialidade e do direito local. Expõe Delmas-Marty que “até para o mais poderoso Estado no mundo, território não é mais um santuário. Nem a lei nacional é mais apropriada”.¹⁵ O que leva a autora a dizer: “o aumento dos crimes globais obriga uma nova resposta internacional”.¹⁶

No âmbito jurídico-penal, o problema da aplicação da norma penal não é resolvido apenas pelo princípio da territorialidade, e com força menor ainda, pelo princípio da universalidade.

A aplicação extraterritorial da norma penal esbarra nas iminentes dificuldades impostas pela soberania do Estado, sendo que a única forma legítima de estabelecimento de uma efetiva atuação das forças jurídico-penais em espaços extraterritoriais é a partir da colaboração – e interesse – dos Estados envolvidos; recaindo-se no amparo à cooperação internacional. E a criação de regulações internacionais frequentemente possui um lento desenvolvimento, especialmente pela falta de *interesse* e de *consenso* entre os Estados. Motivo pelo qual instituições supranacionais possuem crescente importância na coordenação e desenvolvimento de regras de cooperação, como as recomendações e as resoluções das Nações Unidas, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da Organização Mundial do Comércio (OMC), do Banco Mundial, do Conselho da Europa, do Fundo Monetário Internacional (FMI), da Organização Mundial do Trabalho, etc. Apesar de possuírem atuação restrita a determinadas

¹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Global crime calls for global justice. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, vol. 10, n. 4., p. 286-293, 2002, p. 286. Trad. Livre. De forma semelhante, também em DELMAS-MARTY, Mireille. O direito penal como ética da mundialização. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 14, n. 3, p. 287-304, 2004, p. 288.

¹⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. Global crime calls for global justice. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, vol. 10, n. 4., p. 286-293, 2002, p. 286-7. Trad. Livre.

áreas, é crescente o desenvolvimento de estruturas governamentais supranacionais no atual contexto global.¹⁷

Nesse viés, entendemos que o fenômeno global deve ser seguido no sentido de estabelecimento de critérios pertinentes à jurisdição e a marcos regulatórios de aplicação da norma penal; e nos esforços de harmonização legislativa, especialmente em matéria criminal.¹⁸

Dessa dinâmica, tem-se o problema da legitimidade de um processo legislativo estabelecido a partir de agentes supranacionais. Todavia, a criação de parâmetros para a aplicação da norma penal possui diferentes preceitos que a própria criação da norma penal, distanciando-se, por sua vez, da esfera de legitimidade democrática de estabelecimento do ilícito-típico em *lege ferenda*. O escopo de legitimidade daquele não é tão restrito quanto deste, porém, sem o segundo, o primeiro torna-se inócuo. I.e., para uma eficaz normativa relacionada à aplicação da lei penal no espaço, requer-se que, em primeiro lugar, haja um esforço global de harmonização da própria norma penal. Em uma atuação em três níveis: harmonização legislativa, legislação relativa à cooperação e instituição de auxílio à cooperação.¹⁹ As possíveis soluções, por sua vez, esbarram-se nos problemas do ainda presente monopólio de aplicabilidade coercitiva das normas pela força soberana dos Estados e nos preceitos de legitimidade legislativa estabelecidos pelo processo constitucional de *lege ferenda*.

Desse contexto político-internacional, de um mundo global e de uma ampliação da aparelhagem de prevenção e de segurança, necessitam-se, pois, de uma leitura jurídico-penal, tendo em vista os consequentes reflexos ao modo-de-se-pensar as ciências jurídico-penais. Ciência que, a partir de uma olhar jurídico-penal, é, em sua essência, uma história, um resultado de um momento histórico, que, ao olhar para o passado, trilha

¹⁷ SIEBER, Ulrich. Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck yearbook of United Nations law*, vol. 14. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 11, 12 e 14.

¹⁸ Cf. SIEBER, Ulrich. The forces behind the harmonization of criminal law. In: LELIEUR, Juliette (coord.). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris : Société de Législation Comparée, 2008, p. 385- 393.

¹⁹ SIEBER, Ulrich. Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck yearbook of United Nations law*, vol. 14. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 35.

uma perspectiva para uma caminhada já percorrida. Essa manifestação consubstancia-se na tutela de determinados bens, denominados bem jurídico-penais, frutos de um valor transcendente à essa mesma ordem jurídico-penal, verificado por uma orientação axiológico-constitucional; na sua materialização condicionada ao entendimento histórico-comunitário de uma determinada sociedade, cujo objeto será sempre um reflexo da realidade social.²⁰

2. O LIMITE DO TRADICIONAL PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE GLOBAL.

Em princípio, tem-se a possibilidade de o Estado aplicar o seu poder jurisdicional sobre todos que no seu espaço territorial se encontram, i.e., “todos os indivíduos que estejam dentro do território do Estado estão

²⁰ No exato sentido de estudo já desenvolvido por nós em SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Ofensividade e bem jurídico-penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, p. 13-50, 2016; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Crimes de informática e bem jurídico-penal: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). PUCRS, Porto Alegre, 2014. Cf., também, D’AVILA, Fabio Roberto. *Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica*. In: _____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 53; AZEVEDO, André Moura Lacerda. *O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato*. In: _____. NETO, Orlando Faccini. *O bem jurídico-penal: duas visões sobre a legitimidade do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19; D’AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2009; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. 8ª Ed. Pádua: CEDAM, 2013, p. 190; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007, p. 111-2; GAEDE, Karsten. *Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones*. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007, p. 269.

subjugados ao seu poder coercitivo”.²¹ Relação tradicionalmente concebida em virtude de, ao exercício desse poder jurisdicional do Estado, estar associado a relação de manifestação do poder soberano desse mesmo Estado, limitado por preceitos estabelecidos para além da sua esfera de discricionariedade interna, mas delimitado por preceitos estabelecidos pela normatividade jurídico-internacional. Ocorre que, da expansão da criminalidade para além do restrito espaço local do Estado, especialmente com a manifestação de um mundo global e da expansão da criminalidade transnacional, tem-se exigido dos Estados novos meios para a repressão desses crimes, necessitando, em certa medida, o alargamento dos critérios de delimitação da lei penal no espaço;²² encontrando-se na denominada *extraterritorialidade* a consubstanciação desses elementos.

A ampliação da necessidade de atuação extraterritorial à crescente criminalidade transnacional, estabelece-se, paralelamente, o incremento da necessidade de uma atuação dos poderes associados à jurisdição prerrogativa também na esfera global: no fortalecimento dos aparatos de colaboração internacional e dos auxílios mútuos das agências e órgãos governamentais. Intensificação que, para Bronitt, possui dois efeitos: um positivo, representado pela troca de conhecimento e desenvolvimento prático das agências e o desenvolvimento de uma polícia globalizada profissional; outro negativo, representado pelo aumento de eventuais espaços de discricionariedade policial, de operacionalidade estabelecida fora dos espaços de controle governamental.²³ Riscos de aumento de uma prática estabelecida fora do amparo da normatividade jurídico-penal e jurídico-processual. O aumento das práticas de cooperação jurídica internacional *informal* representa, em certa medida, o reflexo desse panorama.

²¹ KELSEN, Hans. *Principles of international law*. 2^a ed. Nova York: Holt, Rinehart and Winston Inc., 1966, p. 344. Trad. Livre.

²² LEITE, Inês Ferreira. *O conflito de leis penais: natureza e função do direito penal internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 19.

²³ BRONITT, Simon. Conclusion: shifting paradigms: jurisdiction and criminal justice cooperation in the shadow of law. In: HUFNAGEL, Saskia, et. al. (org.). *Cross-border law enforcement: regional law enforcement cooperation: European, Australian and Asia-Pacific perspectives*. London: Routledge, 2012, p. 281.

A partir da delimitação jurídico-internacional, especialmente com a decisão do caso Lotus²⁴, entende-se que o principal limite à atuação do poder jurisdicional dos Estados encontra-se na sua jurisdição *prerrogativa*. I.e., no limite de atuação das forças de realização dos mandamentos propugnados a partir das jurisdições prescritiva e judicativa.²⁵ Aos Estados, assim, cabe uma ampla discricionariedade de estabelecimento dos limites *internos* da sua própria territorialidade e extraterritorialidade, esbarrando-se na delimitação do fazer cumprir a essa delimitação o próprio limite estabelecido pelo espaço dos Estados

²⁴ O caso Lotus, julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional em 7 de setembro de 1927, representa uma das decisões mais importantes para o estudo da matéria relacionada à jurisdição penal no âmbito internacional, tendo em vista ter sido o primeiro acórdão no qual se aborda, em sede de tribunal internacional, sobre a competência dos Estados para a determinação da aplicação da sua lei penal; e, ainda, em virtude da diversidade de opiniões apresentadas pelos votos. Cf. SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *O conflito de jurisdição nos crimes de informática transnacionais*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). PUCRS, Porto Alegre, 2018.

²⁵ Diferenciação importante. *Jurisdição prescritiva* representa o poder que possui um Estado de decidir quais condutas sobre as quais recai o direito e o seu âmbito de aplicabilidade. *Jurisdição judicativa* representa o poder de decidir sobre as condutas a partir da aplicação das normas pelos órgãos jurisdicionais. Por sua vez, *jurisdição prerrogativa* representa o efetivo cumprimento da decisão legal ao caso concreto. Cf. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 42 e ss.; CAEIRO, Pedro. Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts, and beyond. *Kritv. München*, A. 93, n. 4, p. 366-379, 2010, p. 368-9; 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 Alves, et. al. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III. Direitos e interconstitucionalidades: entre dignidade e cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 181-2; SHAW, Malcolm N. *International law*. 6ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 649; O'KEEFE, Roger. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 4; RYNGAERT, Cedric. *Jurisdiction in international law*. 2ª ed. Oxford: University Press, 2015, p. 9; KOHL, Uta. Jurisdiction in cyberspace. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell. *Research handbook on International law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 34; MANN, F. A. *Studies in international law*. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 6; AUGUST, Ray. International cyber-jurisdiction: a comparative analysis. In: CARR, Indira (org.). *Computer crime*. Farnham: Ashgate, 2009, p. 449.

outros.²⁶ Limite estabelecido – para além da própria ideia de *Estados soberanos* –, nos princípios fundamentais da ordem internacional – representado especialmente pelo princípio de não intervenção –, na necessidade de conexão e na existência expressa de proibição de atuação.

O princípio da territorialidade corresponde à própria ideia associada à territorialidade estatal. Como resultado da manifestação soberana de um Estado, considera-se legítima a legislação do país dentro do qual, em seu território, foi praticado determinado crime. Delimitação que independe da nacionalidade do agente do fato delitivo, do titular do bem jurídico-penal ou do interesse lesionado, pois, a partir do entendimento de independência nacional (soberania), cada Estado possui a legitimidade de aplicação da sua normatividade jurídico-penal interna aos ilícito-típicos praticados dentro do seu espaço territorial. Entende-se, tradicionalmente, que a pena deve ser atribuída ao espaço dentro do qual ocorreu a prática do fato danoso, como também em virtude de uma maior facilidade de investigação – em um interesse de uma efetiva e célere persecução – por maior facilidade de acesso aos elementos probatórios.²⁷

Sua atuação estabelece-se a partir da razão segundo a qual a incidência do poder punitivo do Estado deve-se limitar ao seu próprio espaço territorial soberano, e conseqüente não incidência sobre o espaço territorial soberano doutro Estado pelos mesmos motivos que o legitima a atuar sobre o seu próprio.²⁸ Tem-se, assim, associado ao princípio da territorialidade, um duplo sentido: a delimitação do âmbito de aplicação

²⁶ HIRST, Michael. *Jurisdiction and the ambit of the criminal law*. Oxford: University Press, 2003, p. 44.

²⁷ Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal, volume I, tomo I*: arts. 1º ao 10. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 154 e ss.; LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão, volume I*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, p. 156 e ss.; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 132 e ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal, tomo II*: filosofía y ley penal. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964, p. 751 e ss.; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 14 e ss.; CARLOS PEREZ, Luis. *Tratado de derecho penal*: tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 1967, p. 365 e ss.

²⁸ Cf. BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal*: parte general. 3ª ed. Madri: Ediciones Akal, 1994, p. 61.

da lei penal no espaço; e, em conjunto, a delimitação da “competência internacional atribuída aos órgãos jurisdicionais nacionais”.²⁹

A atuação do princípio da territorialidade, todavia, não é absoluta. Admitem-se rupturas,³⁰ que serão estabelecidas por princípios outros de aplicação da lei penal no espaço – formadores de um *conjunto* –, a partir dos princípios da defesa, da universalidade e da personalidade. Pela brevidade deste trabalho, todavia, não iremos desenvolver cada um deles.³¹

3. O LIMITE DA JURISDIÇÃO PRERROGATIVA NO ÂMBITO ONLINE

O problema imposto à jurisdição prerrogativa, no âmbito online transnacional, circunscreve-se ao limite de atuação do poder jurisdicional do Estado. Limite estabelecido, em uma perspectiva internacional, pelo princípio de não intervenção, restringindo-o ao espaço territorial do próprio Estado.

A jurisdição prerrogativa é, pois, estritamente territorial.³² E assim foi estabelecido pelo caso *Lotus*: “a primeiro e principal restrição imposta pelo direito internacional a um Estado é que (...) não pode ele exercer o seu poder sob nenhuma forma no território de outro Estado”.³³ Todavia, no âmbito online, como exercer um controle no contexto estabelecido por essa limitação? A resposta ao problema estabelece-se, na prática, a partir dos instrumentos legítimos de atuação *local* sobre as condutas que possuem um efeito *global*. I.e., a partir das ferramentas disponíveis dentro do próprio território do Estado contra àquilo que se quer controlar no

²⁹ LEITE, Inês Ferreira. *O conflito de leis penais: natureza e função do direito penal internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 24.

³⁰ AMBOS, Kai. Los fundamentos del ius puniendi nacional, en particular su aplicación extraterritorial. *Persona y Derecho*, n. 51, p. 225-254, 2004, p. 233.

³¹ Cf. SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *O conflito de jurisdição nos crimes de informática transnacionais*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). PUCRS, Porto Alegre, 2018.

³² KOHL, Uta. Jurisdiction in cyberspace. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell. *Research handbook on International law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 51.

³³ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *The Case of the S.S. Lotus (Fr. v. Turk.)*. 7 de set. de 1927. Trad. Livre.

próprio território, acarretando, conseqüentemente, uma fragmentação³⁴ do global espaço do ciberespaço. Assim, pois, com os instrumentos locais, como o bloqueio de determinado site; a solicitação às empresas de cartão de crédito de impedimento de compra em determinado site; a exigência de cooperação das subsidiárias de grandes corporações; estabelece-se uma espécie de “tampão” ao problema do limite territorial imposto à jurisdição prerrogativa.

Nesse contexto, tem-se, p.e., o caso *Twentieth Century Fox Film Corp & Ors v. British Telecommunications Plc* (2011), no qual foi exigido o bloqueio, em território britânico, de um site que fornecia para download conteúdo pirata;³⁵ e o caso ocorrido, na Alemanha, de bloqueio, a pedido das autoridades policiais, pelo Twitter de contas neonazistas em 2014.³⁶

Em tal perspectiva, com a fragmentação da territorialidade no ciberespaço e com a tentativa de os Estados exercerem o seu poder jurisdicional sobre esse espaço, cria-se um sensível problema: o respeito às garantias fundamentais do homem, dentre elas o acesso à informação, a liberdade de expressão e a inviolabilidade da intimidade. Uma excessiva e autoritária atuação das forças Estatais sobre determinadas condutas praticadas na Internet pode levar à redução – ou mesmo à inibição – do avanço tecnológico no ciberespaço, tendo em vista a exploração, a descoberta e a curiosidade associadas à criação de *softwares* destinados aos mais diversos usos.

³⁴ Conforme expõe Kohl, “a aplicação cega do direito nacional à Internet transnacional não pode deixar de levar à sua fragmentação territorial em ciberespaços nacionais, com custos inerentes à liberdade de expressão, bem como ao intercâmbio econômico, político, social e cultural. Possivelmente, a Internet transnacional esteja sofrendo a tragédia dos comuns ou a morte por mil cortes: cada vez que um Estado reivindica seu direito de aplicar sua versão regulatória peculiar da ‘boa vida’ ao mundo on-line e cada vez que essa afirmação é aplicada via conformidade voluntária ou bloqueio de fronteira, a transnacionalidade é levemente impedida” (KOHL, Uta. Jurisdiction in cyberspace. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell. *Research handbook on International law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 54. Trad. Livre).

³⁵ Cf. KOHL, Uta. Jurisdiction in cyberspace. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell. *Research handbook on International law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 52.

³⁶ Cf. CONNOLLY, Kate. Twitter blocks neo-Nazi account in Germany. *The Guardian*, de 18 de out. de 2012.

Por mais que o exercício da jurisdição prerrogativa tenha no território o seu limite, tal circunstância não representa uma barreira intransponível para o exercício de um certo controle da normatividade jurídico-penal sobre o ciberespaço, especialmente pelos instrumentos de cooperação internacional existentes.

Um exemplo da possibilidade de atuação global corresponde à Operação Buccaneer, na qual 70 mandados de busca e apreensão foram executados simultaneamente nos Estados Unidos, no Reino Unido, na Austrália, na Noruega, na Suíça e na Finlândia, em 2001, com o intuito de dismantelar um grupo organizado de pirataria de *softwares* que atuava de forma global no âmbito online.³⁷ Todavia, tais operações não apenas exigem o estabelecimento de uma cooperação internacional, mas uma coordenada e sofisticada atuação dos órgãos de investigação. Atuação que, para Urbas, mostra-se “cada vez mais eficaz”.³⁸ Por outro lado, a eficácia de operações globais – como a realizada pela Operação Buccaneer –, restringe-se pelas dificuldades formais e materiais associadas a uma investigação internacional; atuação que, em virtude do necessário e imprescindível respeito às garantias fundamentais, possui uma velocidade inevitavelmente diferente daqueles que praticam a conduta. Diferença que tende a acentuar-se com a crescente globalidade da atuação criminal no ciberespaço.

Há, ainda, a possibilidade de cumprimento voluntário dos preceitos estabelecidos por uma decisão de um Estado outro que não o de origem de uma determina companhia. Como, p.e., no caso LICRA & UEJF v. Yahoo! Inc. & Yahoo France, no qual, a partir da decisão proferida pelo tribunal francês, Yahoo! voluntariamente, a partir da sua sede nos Estados Unidos, cumpriu a imposição estabelecida pela decisão da corte.³⁹

³⁷ Cf. as informações oficiais do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, disponíveis em: <https://web.archive.org/web/20111230045615/http://www.cybercrime.gov/ob/OBMain.htm#pr>, (acessado em: 19 de maio de 2019).

³⁸ URBAS, Gregor. Cross-national investigation and prosecution of intellectual property crimes: the example of “Operation Buccaneer”. *Crime, law and social change*, v. 46, n. 4-5, p. 207-221, Springer, 2006, p. 221. Trad. Livre.

³⁹ Trata-se de um caso no qual duas organizações francesas de origem judaica realizaram uma ação contra Yahoo! Inc. (uma corporação estadunidense) e sua subsidiária francesa pela venda em sites terceirizados da companhia de objetos nazistas, em desacordo com o art. R645-1 do código penal francês.

Em certa medida, o cumprimento voluntário, em tais circunstância, não é incomum no âmbito cível em virtude da intenção na atuação dos negócios empresariais naquele determinado território, e por uma questão especialmente associada à imagem da empresa, que buscará manter-se distante da negatividade proporcionada por um processo criminal e eventual negação do cumprimento das exigências legais. Motivo pelo qual, quando uma corporação busca a inserção dos seus negócios em um Estado estrangeiro, mantém-se filiais com funcionários especializados para o cumprimento dos preceitos jurídicos locais – além de outras funções –, ou mesmo sites direcionados especificamente ao público (e às demandas legais) daquele território.⁴⁰

Todavia, para além do cumprimento voluntário, a atuação do exercício da jurisdição prerrogativa, quando da negação de cumprimento do mandamento da sentença, encontra, nos limites territoriais do Estado, uma barreira de difícil transposição. E, quando analisado sob o prisma de uma sentença condenatória criminal, tal limite mostra-se ainda mais saliente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos, a partir das reflexões expostas neste artigo, responder à seguinte pergunta: as tradicionais categorias de territorialidade e de delimitação da jurisdição são suficientes para, no contexto internacional, resolver os complexos problemas introduzidos pela Internet?

No contexto apresentado, concluímos:

Foi decidido pelo tribunal francês a favor dos autores, contra a Yahoo! e sua subsidiária, pois o dano foi sofrido dentro do território francês tendo em vista a sua acessibilidade nesse território. Para a decisão, não importou que o site em questão era mantido nos Estados Unidos, nem no fato de a empresa possuir um específico domínio de acesso francês (.fr), da mesma forma de a conduta de venda de objetos nazistas ser lícita no país de origem: em virtude de sua possibilidade de acesso na França, foi considerado que Yahoo! Inc. deve obedecer às regras daquele território. Cf. SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *O conflito de jurisdição nos crimes de informática transnacionais*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). PUCRS, Porto Alegre, 2018.

⁴⁰ KOHL, Uta. *Jurisdiction and the internet: a study of regulatory competence over online activity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 206 e ss.

As tradicionais teorias de aplicação lei penal no espaço representam uma construção teórica desenvolvida em um tempo no qual ao espaço e à normatividade jurídico-penal recaía um modo-de-pensar a aplicação do direito penal a partir de uma perspectiva *local*, dissonante dos complexos problemas hoje estabelecidos pelo mundo global, especialmente acentuados pela ascensão das novas tecnologias e do ciberespaço.

Por um viés teórico, essa dissonância mostra-se acentuada em virtude da tentativa de limitação espaço-territorial daquilo que hoje se manifesta de forma global, de limitação de exercício do poder jurisdicional aos estreitos espaços do próprio Estado, esquecendo-se da sua inserção na dinâmica global. Em semelhante medida, o mais importante princípio reitor da matéria, a territorialidade, mostra-se em crise. O que possibilita a ampliação da importância dos outros princípios que, por si só, mostram-se também insuficientes para abarcar, de forma heurística, a matéria.

Todavia, a principal insuficiência, em âmbito global, das tradicionais teorias da lei penal no espaço encontra-se no seu viés prático, na realidade em concreto da sua aplicação. E isso ocorre, em virtude da dinâmica estabelecida pela política-internacional, da relação *horizontal* de Estado soberanos e do exercício da jurisdição prerrogativa transestatal. Elementos de complexidade que não estão presentes na normatividade jurídico-penal local, mas que, ao projetar a análise do espaço ao âmbito jurídico-internacional, sobressaem-se. Ao direito internacional, não há respostas teóricas unânimes, nem harmonia de resultados quando falamos no âmbito de atuação do *ius puniendi* estatal. Se nem à própria matéria da normatividade jurídico-penal-internacional há unanimidade de conceitos e premissas, muito menos à sua precisa delimitação ao caso concreto.

Problemática que se intensifica quando refletimos o problema a partir dos crimes de informática transnacionais. Nesse âmbito, a pergunta pela delimitação da jurisdição, p.e., pode ser resumida à seguinte inquirição: em que circunstâncias um Estado pode aplicar a sua lei penal? A título de exemplo: os serviços de aposta online proporcionados por servidores localizados na Antígua precisam obedecer às regras estabelecidos pelos Estados Unidos sobre apostas? Um site chinês de notícias que possui o domínio *cnnews.com*, ao invés de *.cn*, precisa respeitar as regras estadunidenses de marca registrada? A plataforma de busca do Google precisa respeitar as regras europeia de proteção de dados? O site de vendas do

Yahoo! estadunidense precisa respeitar com as leis francesas e alemãs sobre objetos nazistas? Pode um site holandês vender remédios na Alemanha sem lá estar registrado? Um site de pornografia estadunidense deve respeitar as regras britânicas de obscenidade?

Tais exemplos, baseados em casos reais,⁴¹ possuem, ainda, a complexidade de, no local onde está hospedado cada um desses serviços online, não serem consideradas, as condutas, crimes. E, em alguns, como no caso do site de venda de remédios holandês, estar legitimado por cumprir todos os requisitos legais do território que se encontra, porém, no local onde foram acessados, serem ilícitos os serviços.

A complexidade do problema da delimitação jurisdicional das atividades praticadas no ciberespaço recai, em um primeiro olhar, na dificuldade de delimitação territorial das condutas que nesse espaço são praticadas, tendo em vista estabelecerem-se em um espaço desassociado do mundo físico onde normalmente os tradicionais crimes são praticados. Imaterialidade que possibilita uma expansão territorial de difícil delimitação, especialmente pela ausência de consenso nas suas fronteiras. Ou mesmo na sua própria existência. Imaterialidade, todavia, que não é absoluta, pois o ciberespaço (e as condutas nele praticadas) não possui a sua manifestação em um total espaço vazio. Ao contrário, para a sua existência, faz-se necessária a também existência de uma *ligação* com o espaço material de convívio do homem, seja no espaço física dos servidores, dos sistemas informáticos ou mesmo da conduta físico-mecânica de um indivíduo que acessa tal sistema. E é a partir dessas ligações que os Estados buscam, inicialmente, as soluções dos problemas territoriais estabelecidos no mundo online.⁴² E assim ocorre, pois, para o legítimo exercício do poder jurisdicional de um Estado, faz-se necessária a presença de uma *conexão* do ilícito-típico com o Estado, seja pela territorialidade, seja pelos interesses de proteção nacionais. Presencia-se, dessa forma,

⁴¹ Cf. KOHL, Uta. Jurisdiction in cyberspace. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell. *Research handbook on International law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 35 e ss.

⁴² Sobre as soluções adotadas pelos Estados, Cf. SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *O conflito de jurisdição nos crimes de informática transnacionais*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). PUCRS, Porto Alegre, 2018.

no espaço online, uma extensão dessas formas de conexão/ligação do fato criminoso com o Estado.

Por fim, a partir da delimitação jurídico-internacional, o principal limite à atuação do poder jurisdicional dos Estados encontra-se, hoje, na sua jurisdição *prerrogativa*. Os Estados possuem uma ampla discricionariedade de estabelecimento dos limites *internos* da sua própria territorialidade e extraterritorialidade. Esbarram-se, todavia, na delimitação do fazer cumprir a essa delimitação o próprio limite estabelecido pelo espaço soberano dos outros Estados. Situação complexa na qual a decisão normativa encontra-se subjugada aos interesses soberanos dos Estados.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. Los fundamentos del ius puniendi nacional, en particular su aplicación extraterritorial. *Persona y Derecho*, n. 51, p. 225-254, 2004.

AZEVEDO, André Moura Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Moura Lacerda; NETO, Orlando Faccini. *O bem jurídico-penal: duas visões sobre a legitimidade do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

AUGUST, Ray. International cyber-jurisdiction: a comparative analysis. In: CARR, Indira (org.). *Computer crime*. Farnham: Ashgate, 2009.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal: parte general*. 3ª ed. Madrid: Ediciones Akal, 1994.

BANKS, William C. An emerging international legal architecture for cyber conflict. In: SANDHOLTZ, Wayne; WHYTOCK, Christopher A. *Research handbook on the politics of international law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y concepciones del derecho penal. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, v. XXIX, p. 141-206, 2009.

BRONITT, Simon. Conclusion: shifting paradigms: jurisdiction and criminal justice cooperation in the shadow of law. In: HUFNAGEL, Saskia, et. al. (org.). *Cross-border law enforcement: regional law enforcement cooperation: European, Australian and Asia-Pacific perspectives*. London: Routledge, 2012.

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 Alves, et. al. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III. Direitos e interconstitucionalidades: entre dignidade e cosmopolismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CAEIRO, Pedro. Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts, and beyond. *Kritv. München*, A. 93, n. 4, p. 366-379, 2010.

CARLOS PEREZ, Luis. *Tratado de derecho penal*: tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 1967.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHAN, Janet B. L. The technological game: how information technology is transforming police practice. In: WALL, David S. (org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003.

CONNOLLY, Kate. Twitter blocks neo-Nazi account in Germany. *The Guardian*, de 18 de out. de 2012.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: ANDRADE, Manuel da Costa, et. al. (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: _____. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. Global crime calls for global justice. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, vol. 10, n. 4., p. 286-293, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. O direito penal como ética da mundialização. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 14, n. 3, p. 287-304, 2004.

FARIA COSTA, José de. *Direito penal e globalização*: reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FARIA COSTA, José de. O mundo de hoje e o direito penal: primeira aproximação. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito penal e política criminal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.

FARIA COSTA, José de. O princípio da territorialidade: entre Portugal e o Brasil. *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, n. 3950, p. 285-293, 2008.

FERREIRA, Lóren Formiga de Pinto; FERREIRA JÚNIOR, José Carlos Macedo de Pinto. Os “crimes de informática” e seu enquadramento no direito penal pátrio. *Revista dos Tribunais*, vol. 893, mar. 2010.

FONSECA, Antonio. Aspectos econômicos do crime de informática. *Revista dos Tribunais*, vol. 809, mar. 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 10, fasc. 2, p. 183-228, 2000.

GAEDE, Karsten. Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007.

GIDDENS, Anthony. *Modernity and self-identity: self and society in the late modern age*. Califórnia: Stanford University Press, 1991.

HIRST, Michael. *Jurisdiction and the ambit of the criminal law*. Oxford: University Press, 2003.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal, volume I, tomo I: arts. 1º ao 10*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal, tomo II: filosofía y ley penal*. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.

KELSEN, Hans. *Principles of international law*. 2ª ed. Nova York: Holt, Rinehart and Winston Inc., 1966.

KOHL, Uta. *Jurisdiction and the internet: a study of regulatory competence over online activity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KOHL, Uta. Jurisdiction in cyberspace. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell. *Research handbook on International law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.

LEITE, Inês Ferreira. *O conflito de leis penais: natureza e função do direito penal internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, volume I. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

- MANN, F. A. *Studies in international law*. Oxford: Clarendon Press, 1973.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. 8ª Ed. Pádua: CEDAM, 2013.
- NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- O'KEEFE, Roger. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. Dos delitos informáticos ao crime cibernético: uma aproximação conceitual e político-criminal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, Vol. 6, jul. 2011.
- RYNGAERT, Cedric. *Jurisdiction in international law*. 2ª ed. Oxford: University Press, 2015.
- SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Crimes de informática e bem jurídico-penal: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). PUCRS, Porto Alegre, 2014.
- SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *O conflito de jurisdição nos crimes de informática transnacionais*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais). PUCRS, Porto Alegre, 2018.
- SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Ofensividade e bem jurídico-penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, p. 13-50, 2016.
- SHAW, Malcolm N. *International law*. 6ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SIEBER, Ulrich. Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck yearbook of United Nations law*, vol. 14. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 3, p. 7-88, 2008.
- SIEBER, Ulrich. Mastering complexity in the global cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law. In: LELIEUR, Juliette. *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris : Société de Législation Comparée, 2008.
- SIEBER, Ulrich. The forces behind the harmonization of criminal law. In: LELIEUR, Juliette (coord.). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris : Société de Législation Comparée, 2008.
- SILVA JÚNIOR, Délio Lins. Crimes informáticos: sua vitimização e a questão do tipo objetivo. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de

(org.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SPANG-HANSEN, Henrik. *Cyberspace & international law on jurisdiction: possibilities of dividing cyberspace into jurisdictions with help of filters and firewall software*. Copenhagen: DJOF Publishing, 2004.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007.

URBAS, Gregor. Cross-national investigation and prosecution of intellectual property crimes: the example of “Operation Buccaneer”. *Crime, law and social change*, v. 46, n. 4-5, p. 207-221, 2006.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): a CAPES, pelo financiamento dos estudos acadêmicos; e aos avaliadores, que contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho com as críticas traçadas no *blind-review*.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor 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): o autor 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: 30/03/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/04/2019
- Avaliação 1: 20/04/2019
- Avaliação 2: 24/04/2019
- Avaliação 3: 01/05/2019
- Decisão editorial preliminar: 12/05/2019
- Retorno rodada de correções: 21/05/2019
- Decisão editorial final: 23/05/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Daniel Leonhardt dos. A territorialidade no contexto da criminalidade global: considerações sobre a influência do ciberespaço na delimitação jurisdicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 597-622, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.235>



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

Cooperação internacional em matéria de lavagem de dinheiro: da importância do auxílio direto, dos tratados internacionais e os mecanismos de prevenção

International cooperation on money laundering: the importance of direct assistance, international treaties and prevention mechanisms

Anna Carolina Canestraro¹

Universidade de Coimbra – Portugal

carolina.canestraro@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/1604392529884511>

 <http://orcid.org/0000-0002-3534-4589>

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo trazer uma possível resposta às dificuldades que o contexto da criminalidade global trouxe para a persecução do crime de lavagem de dinheiro em razão de um cada vez mais deficiente controle sobre os fluxos financeiros, em especial no âmbito internacional. Isto é, haveria algum mecanismo à disposição do Estado que o permitiria realizar com mais eficiência e rapidez esse necessário *follow the money* típico dessa específica criminalidade? Como uma possível resposta elegeu-se aqui a Cooperação Internacional como

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla-La Mancha. Especialista em Compliance e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora financiada pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen.

um importante instrumento de persecução ao crime de lavagem de dinheiro; e, com fundamento nas recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI), ressalta-se, dentre os mecanismos de cooperação, o auxílio direto como um eficaz e célere mecanismo para acompanhar a dinamicidade que exige a persecução desse crime. E, ao fim, destaca-se a importância da união desses mecanismos de cooperação a métodos preventivos, tais como as Unidades de Inteligência Financeira, para um eficiente combate à essa nova criminalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação Internacional; Lavagem de dinheiro; Carta Rogatória; Auxílio Direto; Unidade de Inteligência Financeira.

ABSTRACT: *The present study aims to provide a possible response to the difficulties that the context of global crime has brought to the prosecution of money laundering in reason of an increasingly reduced control over financial flows, especially at an international level. In other words, would there be any mechanism at the disposal of the State that would allow it to do the necessary follow-the-money typical of this specific crime more efficiently and quickly? As a possible answer, the international cooperation was chosen as an important instrument of prosecution for the crime of money laundering. And based on the recommendations of Financial Action Task Force (FATF), among all the mechanisms of cooperation, direct assistance was prioritized as the most effective and swift mechanism to accompany the dynamics that demand the pursuit of this crime. In the end, is demonstrated the importance of combining mechanisms of cooperation with preventive methods, with emphasis on the Financial Intelligence Units, in order to efficiently combat this new crime.*

KEYWORDS: *International Cooperation; Money Laundering; Letters Rogatory; Direct Assistance; Financial Intelligence Unit.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Considerações sobre o crime de lavagem de dinheiro no âmbito de uma criminalidade global; 2. Da cooperação jurídica internacional; 2.1 Previsões internacionais; 2.2 Mecanismos judiciais de cooperação; 3. Da transmissão do pedido de auxílio mútuo; 3.1 Carta Rogatória; 3.2 Auxílio direito; 4. Grupo Egmont e Unidades de Inteligência Financeira; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A questão que se pretende abordar com o presente trabalho diz respeito a como realizar o combate – abrangendo-se aqui tanto a persecução como a prevenção – do crime de lavagem de dinheiro frente ao fenômeno da criminalidade globalizada, contexto este que permite a troca de informações e, principalmente, o fluxo de capitais de modo quase instantâneo de uma forma cada vez menos controlada. Isto é, como poderia o Estado realizar a persecução dessa criminalidade de um modo mais eficiente e compatível com esse novo e interligado contexto econômico?

Em razão da necessidade de combate dessa avançada criminalidade, a comunidade jurídica vem buscando trazer ao longo dos últimos anos as mais diversas respostas, dentre elas, por exemplo, vem se ocupando intensamente a ciência jurídico-penal da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dos denominados programas de *compliance*². No entanto, a despeito da importância de tais institutos, busca-se com o presente trabalho chamar atenção para uma terceira possível resposta, a cooperação internacional. E isto pois, uma vez que esta criminalidade se verifica cada vez mais organizada e internacionalizada, não seria inevitável a necessidade de um aprofundamento de uma cooperação a nível internacional como forma de tornar mais eficaz o seu combate? Ou seja, facilitando assim a colaboração e a troca de informações entre as autoridades competentes entre os diferentes Estados e sistemas financeiros interessados³?

E para que se possa demonstrar a importância da Cooperação Internacional no combate ao crime de lavagem de dinheiro, pretende-se fazer, a início, e mediante uma análise doutrinária e jurisprudencial, especialmente europeia, uma abordagem sobre a criminalidade global, bem como sobre o conceito e as características do crime de lavagem de dinheiro, destacando-se sua internacionalização. Na sequência,

² Nesse sentido: NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, A, p. 125-159, 2008.

³ BUCHO et. al. apud SIMÕES, Euclides Dâmaso. A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 3, p. 423-474, jul./set, 2006. p.423.

busca-se trazer a cooperação internacional propriamente dita, bem como as convenções e recomendações internacionais que se verificaram importantes ao longo do presente estudo para alcançar as conclusões apresentadas. Ao fim, objetiva-se abordar os mecanismos judiciais de cooperação com fundamento nas orientações do grupo especializado GAFI (Grupo de Ação Financeira), destacando-se, ao final, a importância dos acordos internacionais e a sua necessária e importante comunicação com métodos preventivos⁴.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO ÂMBITO DE UMA CRIMINALIDADE GLOBAL

A necessidade de expansão das economias e o aprimoramento das facilidades de meios de comunicação à distância determinaram o chamado fenômeno da globalização⁵; fenômeno este que, por sua vez, é caracterizado pela troca instantânea de informações, conhecimentos tecnológicos e, principalmente, de fluxos financeiros. No entanto, tal dinamicidade, aliada ao progresso dos meios informáticos, trouxe repercussões não apenas a nível dos procedimentos lícitos, mas também a nível de práticas criminosas⁶, permitindo-se a construção do denominado “mercado global do crime”⁷.

A globalização e a integração econômica, então, acarretaram em uma delinquência contra os interesses financeiros, gerando uma

⁴ Vale a ressalva de que apesar de o artigo se utilizar amplamente de doutrina europeia, não serão aqui esmiuçadas as particularidades da cooperação dentro exclusivamente daquele que se pretende intitular espaço de liberdade, segurança e justiça europeu. E isto pois esta cooperação se vê regulada por um regime completamente diferente e específico; regime este que, para ser abordado corretamente, deveria ser objeto de estudo de toda uma nova pesquisa e, portanto, em razão do recorte temático, não será aqui abordado.

⁵ SIMÕES, Euclides Dâmaso. A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 3, p. 423-474, jul./set, 2006. p.423.

⁶ Idem.

⁷ PRADO, Luiz Regis. O novo tratamento penal da lavagem de Dinheiro (Lei 12.683/2012). *Revista dos Tribunais Online*, v. 201, n. 926, p. 401- 436, dez./2012. p.402.

nova concepção de delito que, desta vez, se centra em elementos como organização, transnacionalidade e poder econômico⁸. De fato, esse novo contexto favorece a ocorrência de atos delinquentes que acabam por se aproveitar desse espaço mundial de zonas de livre comércio e da ausência de barreiras fronteiriças para cometer e ocultar seus atos ilícitos.

Vista como uma criminalidade de *players* poderosos, a criminalidade global é também caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos⁹, sendo a sua persecução fundamental para a proteção da administração da justiça¹⁰ e prevenção da constituição de “paraísos jurídico-penais”¹¹.

As práticas criminosas adquiriram então uma nova capacidade de organização e estruturação, ampliando-se para diferentes ramos de atividades como o tráfico de drogas, de pessoas, de armas, e, como “complemento natural dessas atividades”, a lavagem de dinheiro¹². Destarte, o crime de lavagem de dinheiro encontra-se intrinsecamente vinculado

⁸ Assim, SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 86.

⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p.87.

¹⁰ Não nos foge o conhecimento de que há uma importante discussão doutrinária a respeito de qual seria o bem jurídico tutelado nos casos desses crimes econômicos e, em especial, o crime de lavagem de dinheiro. No entanto, por questão de recorte temático, entenderemos nesse estudo que o bem jurídico tutelado seria a Administração da Justiça. Nesse mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 102, p. 163-220, mai./jun, 2013 e RODRIGUES, Anabela Miranda. *Lavagem de capitais*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. (VIII Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/155-Lavagem-de-capitais>. Acesso em: 1 de maio de 2017.

¹¹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001. p. 88.

¹² RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 277- 310. p. 284.

a esse contexto de criminalidade global e, justamente, se utiliza da dinamicidade e afrouxamento dos controles sobre o sistema financeiro para dissimular as origens de valores obtidos ilicitamente.

Também denominado branqueamento de capitais (Portugal e Espanha¹³), o delito traz um conceito praticamente produzido pela comunidade internacional e tem sua ideologia norteada fundamentalmente pelos interesses norte-americanos¹⁴.

Nos dizeres de Badaró e Bottini, o branqueamento de capitais pode ser definido como

O ato ou a seqüência de atos praticados com a finalidade de mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitativa ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude¹⁵

Podendo ser conduzido mediante o auxílio de bancos, instituições financeiras de caráter bancário, entidades não-financeiras ou mesmo

¹³ Com a ressalva de que há autores, tal como Abel Souto, que preferem o termo “blanqueo de dinero” e não “branqueamento de capitais”, e isto pois, segundo ele “la locución ‘blanqueo de dinero’ presenta la ventaja de no ser un antitético híbrido de imprecisión y exactitud, es decir, que no supone un contraste entre el laxismo técnico jurídico que entraña el primer término y la precisión que se pretende con el segundo, lo que sí puede afirmarse tanto del “blanqueo de bienes” como del “blanqueo de capitales”; vide: ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tese (Doutorado em 2001) – Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001. p.69. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0p0z9>>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

¹⁴ Assim, Pieth “sobre todo por iniciativa de los EE.UU. nuevos documentos de la ONU comenzaron a abordar la temática del blanqueo de dinero”; PIETH apud ABEL SOUTO, Miguel Ángel, op.cit., loc. cit. No mesmo sentido, Lampe afirma que a Convenção das Nações Unidas de 1988 “se inspira manifestamente en el § 1956 del 18 U.S.C. introducido en 1986 en EE.UU”. LAMPE, Ernst- Joachim. El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB). Tradução de Miguel Abel Souto. *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XX, 1997. p.118. nota 24.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com a alteração da Lei 12.863/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.29.

mediante o uso desses três órgãos sob um único “esquema”¹⁶, o crime de lavagem, muito relacionado com a criminalidade organizada, apesar de poder ser considerado autônomo¹⁷, tem como necessária a prática de uma infração penal que lhe seja antecedente.

Apesar de, originariamente, o crime antecedente ter sido vinculado com o tráfico de drogas, atualmente no Brasil os crimes antecedentes podem ser qualquer infração penal, abrangendo-se, portanto, crime ou contravenção penal; na União Europeia, por sua vez, os crimes antecedentes estão vinculados a uma definição de infrações graves¹⁸. E apesar de intimamente vinculado, há quem defenda sua autonomia perante o crime antecedente uma vez que a finalidade da incriminação aqui seria realizar o confisco dos valores alcançados ilicitamente, não guardando, portanto, necessária relação com o bem jurídico tutelado no crime anterior¹⁹.

Há de se chamar atenção para o fato de que as organizações criminosas não se limitam a uma só atividade delitiva, mas sim diversificam “seu ramo de atividades” a fim de aumentar sua rentabilidade²⁰ e possibilitar o reinvestimento em suas estruturas e na prática de outras condutas

¹⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p.63.

¹⁷ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71.

¹⁸ Entendidas como “infrações puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infrações puníveis com uma pena privativa da liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses”, vide: CAEIRO, Pedro. A decisão-quadro do conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (eds.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1067-1132. p. 1069.

¹⁹ Assim: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *Lavagem de capitais*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. (VIII Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/155-Lavagem-de-capitais>. Acesso em: 1 de maio de 2017.

²⁰ Nesse sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p. 31.

delitivas. Inclusive nesse sentido é, desde o atentado de 11 de setembro, a grande preocupação das Nações Unidas e também da União Europeia, em impedir que a lavagem de dinheiro financie novos atos de terrorismo²¹.

Quanto à execução propriamente dita, de acordo com a classificação do Grupo de Ação Financeira (GAFI)²², esta é composta por três fases – sendo comum, na prática, a sobreposição entre elas²³ –, quais sejam:

(1) Ocultação/colocação (*placement*): momento em que o branqueador/lavador introduz seus proventos ilegais no sistema financeiro – é também a fase em que o agente se encontra mais vulnerável, pois o dinheiro ainda está integralmente vinculado com a sua origem ilícita e, assim, de mais fácil detecção²⁴;

²¹ Havia inclusive, uma proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho justamente neste sentido (expirada em 23 de outubro de 2018) – Texto disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52016PC0826>>. Acesso em 22 de março de 2019.

²² FATF-GAFI. *Le blanchiment de capitaux: qu'est-ce que c'est?* - Comment blanchit-on des capitaux?. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/fr/foireauxquestionsfaq/blanchimentdecapitaux/>>. Acesso em: 29 de agosto de 2018. No mesmo sentido: CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. .op. cit., p.11 e ss. Para estudo de outras classificações, dentre elas a do Suíço Paolo Bernasconi, considerado “o pai da normativa penal relativa ao branqueamento de capitais”, vide: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p. 55 e ss.

²³ Vale dizer que a Legislação Brasileira não exige, para a tipicidade da lavagem de dinheiro, que o ciclo se complete, ou seja, basta a consumação da primeira fase, a *ocultação*, para a materialidade delitiva; vide: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alteração da Lei 12.863/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 32-33.

²⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. A lavagem de dinheiro no Brasil: breves apontamentos sobre as gerações legislativas. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal (continuação da Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal)*, v.15, n. 90, p.34-43, fev./mar, 2015. p. 37. Disponível em <<https://bdjur.tjdf.tj.jus.br/xmlui/handle/tjdf/27671>>. Acesso em 26 de maio de 2018. Para uma análise mais aprofundada dos mecanismos de colocação, vide: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p. 65-69; CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12-23; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro* (Lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n.9.613/98. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.37-38.

(2) Confusão/dissimulação (*layering*): representa a diluição do dinheiro inserido no mercado pela etapa anterior em incontáveis estratos, disseminados por meio de várias e sucessivas transações financeiras, no país de origem e no exterior, podendo se utilizar de uma multiplicidade de contas bancárias, estruturas societárias e regimes jurídicos variados²⁵;

(3) Integração (*integration*): momento final do crime, que se verifica quando os valores já circulam dentro do mercado financeiro com aparência de legalidade.

Dentre as características do branqueamento de capitais, segundo Blanco Cordero, estão a globalização das atividades, em razão especialmente de sua internacionalização, a tendência ao profissionalismo²⁶ e a complexidade dos novos métodos empregados²⁷.

Quanto ao caráter internacional, embora no Brasil essa característica não seja tão visível em decorrência do tamanho geográfico do país, na Europa ela é fundamental. E isto pois, se o produto do crime ficasse adstrito ao sistema financeiro interno, haveria maior chance de o infrator ser detectado e os valores confiscados; assim, essencial a utilização do mercado internacional para que se consiga de fato dissimular a origem desses valores²⁸ - aproveitando-se, muitas vezes, justamente dos problemas decorrentes da cooperação judiciária internacional e

²⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro* (Lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n.9.613/98. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 70-71.

²⁶ Havendo uma cada vez maior complexidade estrutural, inclusive com seções especializadas para lidar com o branqueamento, vide: SAVONA, Ernesto. Mafia money-laundering versus Italian legislation. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 1-3, p. 31-56, 1993. p. 35. <https://doi.org/10.1007/BF02249506>.

²⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p. 51.

²⁸ Neste sentido: NETTO, Alamiro Velludo Salvador; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Lavagem de dinheiro: anteprojeto de Lei IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. 2 v. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 19). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/243-Lavagem-de-dinheiro-anteprojeto-de-lei-IBCCRIM>. Acesso em: 1 de maio de 2017.

intercâmbio de informações entre países com diferentes regulamentações, sistemas e culturas²⁹.

Avultando esse viés internacional e transfronteiriço do crime de branqueamento, Christoph K. Greber faz distinção entre aqueles que seriam os “países do comportamento”³⁰ – *Länder der Handels*; onde ocorreria o crime antecedente – e aqueles onde ocorreria o branqueamento propriamente dito – *Länder der Geldwäscherei* – no entanto, diante da dificuldade de atribuir certos estados a um dos dois termos, esta seria uma distinção bastante questionável³¹.

Ainda assim, há de se destacar que há locais, como a Suíça, por exemplo, que se destacam como países atraentes para o branqueamento justamente em razão das excelentes redes de comunicação e transportes, posição geográfica, falta de barreiras monetárias e cambiais e, principalmente, em decorrência do nível de proteção concedido ao sigilo bancário³².

Chama-se atenção também para as vantagens que derivam das entidades bancárias dos paraísos fiscais, que, em razão de sua nula ou mínima regulação e falta de interesse em especificar as origens dos bens em operação, permitem abertura de contas secretas e não-numeradas e constituição de empresas com titulares anônimos que operam livres de impostos³³.

Sendo assim, estando o crime de branqueamento de capitais inserido em um contexto de criminalidade organizada internacional, é

²⁹ FORTHAUSER apud BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p. 52.

³⁰ Tradução por BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p. 57.

³¹ GRABER, Christoph K. *Geldwäscherei: Ein Kommentar zu Art.305bis und 305ter StGB*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1990. pp. 57-58 e BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002. p. 57.

³² *Ibidem*. p. 58. Sobre o tema: CANESTRARO, Anna Carolina. Compartilhamento de dados e perseguição do Crime de branqueamento de capitais no âmbito dos Paraísos financeiros. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, v. 22, n. 35, p. 135-143, 2018. <https://doi.org/10.22171/rej.v22i35.2197>

³³ ASSUNÇÃO, Maria Leonor Machado Esteves Campos e. Medidas de combate aos paraísos fiscais numa economia globalizada subordinada ao dogma liberal: um paradoxo incurável? *Revista do Ministério Público*, n.120, p.101-144. out./dez. 2009. p.123.

que se verifica crucial que os atos necessários à persecução também se configurem em contextos internacionais, ou seja, que não fiquem limitados às fronteiras de um único Estado ou território³⁴, evitando assim que as fronteiras físicas ou jurídicas entre os Estados conduzam a uma situação de ineficácia dos mecanismos de persecução nacional frente a uma delinquência transnacional cada vez mais organizada³⁵.

É nesse sentido, portanto, que se chega à conclusão de que os Estados precisam se ajudar em prol de um objetivo comum, isto é, a persecução dessa criminalidade transfronteiriça. E, deste modo, a Cooperação Jurídica Internacional se torna fundamental para ultrapassar essas barreiras e alcançar a efetivação da justiça penal. De fato, mais do que uma liberalidade de cada Estado, esta colaboração se torna uma necessidade, uma obrigação internacional³⁶.

2. DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

E uma vez que a maior preocupação aqui é prevenir a reinserção e reutilização do dinheiro ilícito no financiamento de novas condutas delitivas, principalmente por organizações criminosas, não basta que se prendam seus autores, devendo-se, em verdade, possibilitar o rastreo do próprio dinheiro (*follow the money*). Desta feita, é de se dizer que o primeiro passo para uma política criminal mais eficiente na represália dessa nova criminalidade se sustenta em uma maior possibilidade de rastreamento dos bens que se originam dos atos infracionais³⁷.

³⁴ SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008. p. 299

³⁵ Assim: MONTALVO apud SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: das cartas rogatórias às equipes de investigação conjuntas. *Segurança pública & cidadania: revista brasileira de segurança pública e cidadania*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 115-137 jan./jun. 2011. p. 117.

³⁶ SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008. p. 300.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.863/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.30.

No entanto, conforme já mencionado, o caráter internacional do crime de lavagem de dinheiro traz grande dificuldade para as políticas nacionais, e estas, aliadas à sofisticação das operações e de seus operadores, passam a não ser suficientes para combater essa criminalidade.

De tal modo, para que se possa realizar tal rastreo, verifica-se a necessidade de se desenvolver mecanismos a nível internacional, além de haver um esforço para uma mínima harmonização das legislações, buscando-se compatibilizar preceitos e, principalmente, facilitar comunicações, atos e diligências conjuntas para prevenir cada vez mais tais práticas delitivas³⁸.

2.1 PREVISÕES INTERNACIONAIS

Tendo-se em vista que o Estado apenas possui jurisdição dentro de seu território, é essencial a cooperação sempre que houver necessidade da produção de uma medida extraterritorial para obter o necessário auxílio no sentido de se perseguir e prevenir delitos transfronteiriços, garantindo, assim, a eficácia da prestação jurisdicional³⁹.

E a fim de facilitar essa cooperação, diversos tratados e convenções foram assinados no sentido de se trazer recomendações e mesmo estratégias para um melhor combate à esta criminalidade. E no que tange aos mecanismos de persecução no âmbito internacional, quando diante

³⁸ No mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 67, p. 163-195, jan./mar., 2015.p.163. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alteração da Lei 12.863/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.31; CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 49.

³⁹ SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008.p.300. Em sentido semelhante: SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: das cartas rogatórias às equipes de investigação conjuntas. *Segurança pública & cidadania: revista brasileira de segurança pública e cidadania*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 115-137, jan./jun. 2011. p. 117

do crime de lavagem de dinheiro, fala-se muito a respeito da necessidade de medidas de prevenção.

De fato, é nesse sentido, inclusive, as orientações internacionais tanto do Comitê de Ministros Do Conselho da Europa (1980)⁴⁰ como da Declaração de Princípios da Basileia (1988)⁴¹ que, buscando proteger o sistema bancário⁴², traz recomendações – exclusivamente para esses sistemas, é verdade –, nas quais se acentua a importância de os bancos verificarem e conhecerem a identidade e costumes de seus clientes – *know your client*⁴³ – para justamente poderem constatar comportamentos

⁴⁰ Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa de nº R (80)10 relativa às medidas contra a transferência e ao encobrimento de capitais de origem criminoso. Apesar de não conter nenhuma disposição jurídico-penal, traz um padrão mínimo de medidas bancárias para combater o branqueamento de capitais (tendo-se aqui como referência os bancos, mas não aos profissionais que, com frequência são utilizados para lavar dinheiro, como administradores de bens ou assessores fiscais e financeiros). No entanto, por ser uma recomendação, não tem caráter vinculante, os postulados dessa iniciativa não terem alcançado o esperado reflexo nos ordenamentos estatais; assim, ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tese (Doutorado em 2001) – Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001. p. 69. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0p0z9>>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

⁴¹ Aprovada em 1988 pelo Comitê de Regras e Práticas de Controle de Operações Bancárias com o objetivo de evitar as perdas de dinheiro em razão de fraudes e busca evitar uma publicidade negativa aos bancos. E segundo Abel Souto, a Declaração traz como regra primordial a preocupação em se conhecer e manter a identificação de seus clientes – No entanto, fala-se apenas em solicitar dados de novos clientes e não daqueles que já possuem contas anônimas no momento de transposição da Declaração. ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tese (Doutorado em 2001) – Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001. p. 58. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0p0z9>>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

⁴² Apesar de serem orientações voltadas exclusivamente ao sistema bancário, considera-se importante mencioná-las vez que representam um tímido começo de um forte empenho comunitário em tutelar preventivamente a transparência da atividade bancária já com a finalidade de combater a lavagem de produtos delitivos. *Ibidem*, p.50.

⁴³ NETTO, Alamiro Velludo Salvador; COSTA, Helena Regina Lobo da. Lavagem de dinheiro: anteprojeto de Lei IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM - Instituto

suspeitos de lavagem ainda no momento de colocação desses valores no sistema financeiro; isto é, antes que se tenha a dissimulação e ocultação desses proventos.

Na sequência, a Convenção das Nações Unidas de 88 (Convenção de Viena), que, apesar de vincular o crime de branqueamento de capitais estritamente com o tráfico de drogas, reafirma a responsabilidade coletiva de todos os Estados e ressalta a importância da Cooperação Internacional, reconhecendo, inclusive, a necessidade de se fortalecer e intensificar os meios jurídicos para a cooperação internacional em matéria penal⁴⁴.

Ainda dentre as previsões internacionais destacam-se as orientações do Grupo de Ação Financeira (GAFI), criado em 1989 pelo então G7 com o objetivo de desenvolver e promover estratégias de luta contra a lavagem de dinheiro, se utilizando, para tanto, de suas recomendações⁴⁵. Dentre elas, chama-se atenção para as de número 36 a 40, em que se ressalta a importância da Cooperação Judiciária e a necessidade de os países se tornarem signatários das convenções internacionais que

Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. 2 v. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 19). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/243-Lavagem-de-dinheiro-anteprojeto-de-lei-IBCCRIM>. Acesso em: 1 de maio de 2017.

⁴⁴ Preâmbulo da Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em 13 de junho de 2017.

⁴⁵ Atualmente, o GAFI dispõe de 49 recomendações, sendo que as nove últimas dizem respeito ao terrorismo, destacando a importância que esse crime obteve desde o atentado nos Estados Unidos no ano de 2001. O GAFI conta com especialistas que efetuam uma fiscalização constante no sentido de se verificar se os países estão de fato seguindo suas recomendações (tanto no sentido de elaboração de leis como na sua prática) e, em seguida, são emitidos relatórios com novas recomendações sobre o que ainda deve ser feito para tornar o combate ao crime de branqueamento mais efetivo. Apesar de não ter caráter vinculante, como os relatórios vão para todas as instituições internacionais (ONU, Banco Mundial, União Europeia, por exemplo) acabam gerando reações econômicas e financeiras tais que criam uma grande pressão política para que os Estados as adotem. Inclusive, muitas foram as alterações legislativas realizadas a partir desses relatórios; a alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro do Brasil em 2012, por exemplo, foi realizada justamente em vista às recomendações do GAFI do ano de 2010. Relatório de avaliação mútua do Brasil do GAFI disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

tratam do crime de lavagem dinheiro e, também, que tomem medidas para que suas autoridades possam prestar cooperação de forma cada vez mais rápida e eficaz⁴⁶.

É certa, portanto, a preocupação a nível internacional com relação ao combate desta nova e transfronteiriça criminalidade, e, dessa forma, verifica-se uma cada vez maior necessidade da existência de mecanismos judiciais que, de forma mais célere e eficaz, consigam auxiliar os Estados nesta complexa e dinâmica persecução.

2.2 MECANISMOS JUDICIAIS DE COOPERAÇÃO

No que tange aos mecanismos judiciais, isto é, como essa cooperação internacional poderá ser realizada na prática, o GAFI cita, em suas recomendações de n.ºs 37 e 39, os mecanismos de “auxílio mútuo” e “extradição”, respectivamente⁴⁷.

⁴⁶ Não é objetivo, no presente estudo traçar características de cada uma das convenções internacionais a respeito do tema, e, por isso, optou-se por selecionar apenas as orientações mais importantes que auxiliaram na construção das conclusões do presente trabalho. Deste modo, apenas para que não se falte com a informação, o GAFI, em sua recomendação de n.º36, menciona como principais convenções em matéria de branqueamento de capitais: Convenção de Viena (1988), Convenção de Palermo (2000), Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) e Convênio Internacional para a Repressão do Financiamento do Terrorismo (1999), Convenção da Europa sobre Crimes Cibernéticos (2001), Convenção Interamericana contra o Terrorismo (2002) e Convênio do Conselho da Europa sobre Branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo (2005). Disponível em < <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf> >. Acesso em: 13 de junho de 2017.

⁴⁷ Apesar de haver outros mecanismos judiciais de cooperação, vide a Lei Portuguesa n.º 144/99 – que, em seu art.2.º, prevê, além da extradição e do auxílio judiciário mútuo em matéria penal, a transmissão de processos penais, a transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade, vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente –, tendo-se em vista que o GAFI se verifica como órgão especializado no combate ao crime de branqueamento de capitais e, em respeito ao recorte temático realizado nesse trabalho - que se atém à matéria de cooperação internacional em matéria de branqueamento de capitais - opta-se por aprofundar o presente estudo nos mecanismos apresentados pelo próprio GAFI.

No que diz respeito ao auxílio ou assistência judiciária mútua, prevista na recomendação de nº37, tomando-se por referência a definição apresentada na Lei Portuguesa de Cooperação Judiciária Internacional em matéria penal de nº 144/99 (Art. 145º), tem-se que tal mecanismo “*compreende a troca de comunicação de informações, de atos processuais e outros atos públicos admitidos pelo direito português, quando se afigurarem necessários à realização das finalidades do processo*”.

Assim, este seria o procedimento adequado para, segundo a mesma Lei (Art. 145º nº 2), um Estado (requerente) poder obter de outro Estado (requerido): notificação de atos e entrega de documentos; obtenção de meios de prova; revistas, buscas, apreensões, exames e perícias; notificação e audição de suspeitos, arguidos, testemunhas ou peritos; trânsito de pessoas, e; informações sobre o direito português ou estrangeiro e as relativas aos antecedentes penais de suspeitos, arguidos e condenados.

A extradição, por sua vez, pode ser entendida como um mecanismo de cooperação judiciária através do qual um Estado (requerente) solicita a outro Estado (requerido) ou jurisdição, a transferência de *determinada pessoa* que se encontra sob a sua autoridade, a fim de dar seguimento a um procedimento criminal ou para dar cumprimento de sentença condenatória⁴⁸.

É de se chamar atenção, no entanto, para o fato de que a extradição encontra aqui uma especificidade, isto é, ao contrário do que ocorre com os sistemas de prestação de assistência jurídica mútua, a extradição possui como princípio norteador a dupla-incriminação⁴⁹ –inclusive, no caso do Brasil, quanto ao crime antecedente⁵⁰ – fato este que poderia prejudicar a cooperação internacional no caso de o país requerido não tipificar as condutas fundantes do pedido de extradição.

⁴⁸ FIGUEIREDO, José Miguel. A extradição activa na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. In: CAEIRO, Pedro. *Temas de Extradição e Entrega*. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 11-41. p.11-12.

⁴⁹ De acordo com a Lei Brasileira de nº6.815, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, em seu artigo 77, II: “*Não se concederá a extradição quando: (...) II – o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente*”.

⁵⁰ Vide: BELOTTO, Ana Maria de Souza; MADRUGA, Antenor; TOSI, Mariana Tumbiolo. Dupla incriminação na cooperação jurídica internacional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 15-16., ago, 2012. p.15.

Nesse sentido, o GAFI, em seu Relatório de Avaliação Mútua do Brasil referente ao ano de 2010⁵¹, chama a atenção justamente para essas deficiências da criminalização. E isto pois, apesar de suas orientações, não há, entre as legislações, uma total harmonização quanto às condutas a serem tipificadas como lavagem de dinheiro⁵².

Como resultado, ainda que relativamente firme quando na extradição – apesar de a jurisprudência vir caminhando no sentido de que não se exige uma perfeita identidade do *nomem iuris*, sendo, portanto, suficiente a subsunção das condutas ao tipo penal⁵³ - a exigência da dupla-incriminação já vem sendo afastada em outras modalidades de cooperação penal, principalmente quando as diligências requeridas não têm caráter coercitivo⁵⁴.

Definidos os dois métodos judiciais de cooperação expressamente trazidos pelas recomendações do GAFI⁵⁵, verifica-se que ambos são de extrema importância para o combate à criminalidade; a extradição, para se possibilitar

⁵¹ Relatório de Avaliação Mútua do Brasil do GAFI – Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo. Jun. 2010 p.4. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

⁵² A exemplo disso, ao contrário do que se verifica em Portugal, o Brasil considera a “utilização”, na atividade econômica ou financeira, dos bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, como conduta criminosa. Semelhante polêmica se verifica nos casos de auto-branqueamento, aceito por alguns países e não por outros.

⁵³ Nesse sentido: STF - Ext: 1413 DF - DISTRITO FEDERAL 0005701-28.2015.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/04/2016, Primeira Turma.

⁵⁴ Nesse sentido: BELOTTO, Ana Maria de Souza; MADRUGA, Antenor; TOSI, Mariana Tumbiolo. Dupla incriminação na cooperação jurídica internacional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 15-16., ago, 2012. p.15.

⁵⁵ Importante frisar aqui que estes não são os únicos métodos de cooperação. Em verdade, a título de curiosidade, dentro da União Europeia, por exemplo, um método que tem muito destaque é o denominado mandado de detenção europeu, mecanismo este que veio substituir os procedimentos de extradição entre os países da União Europeia, tornando assim o procedimento muito mais rápido e eficiente. Para um maior aprofundamento do tema, vide: CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sônia. “O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década”. In: CAEIRO, Pedro (coord.). *Temas de Extradicação e Entrega*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 157-194 e JANUARIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de

a perseguição do Estado requerente com relação a uma *determinada pessoa* e o auxílio mútuo para permitir a troca de comunicação de informações, de atos processuais e outros atos públicos necessários ao processo.

No entanto, analisando-se ambos os mecanismos, verifica-se que ao menos no que tange à prevenção do específico crime de lavagem de dinheiro, o mecanismo de extradição encontra limitações, e isto porque, ao se “perseguir” o delinquente, olvida-se que este, na maior das vezes, não atua sozinho e, por certo, seria uma peça substituível na organização criminosa e, nesse sentido, a despeito da captura de um dos membros, a atividade delitiva poderia continuar a ser praticada.

Sendo assim, é justamente por esse sentido que se destaca a importância do auxílio mútuo entre os diferentes Estados. E isto pois, por meio da troca de informações entre as autoridades, viabiliza-se não só a perseguição de um indivíduo singular, mas também a identificação dos outros integrantes da organização, permitindo-se, assim, que, de fato, se dissolva a organização criminosa e se iniba novas infrações.

Além disso, o auxílio mútuo também guarda grande importância ainda na fase da investigação. E isto porque, ao contrário do que ocorre com a extradição – que tem por objetivo o rastreamento de uma pessoa física ao redor do globo – este mecanismo relaciona-se diretamente com o Sistema Financeiro, isto é, ele permite que se rastreie *informações* neste âmbito que é justamente o principal problema dessa criminalidade. Assim, ao invés de perseguir um dos agentes, o auxílio mútuo e essa troca de informações permite a realização do *follow the money* a partir dos rastros deixados pelos proventos ilícitos, permitindo, assim, o real confisco dessas vantagens anteriores.

Destarte, considerando-se as especificidades dessa nova criminalidade global, que se estrutura a partir, principalmente, de organizações criminosas, com avançada capacitação técnica e que se utiliza do mercado financeiro como palco para as suas condutas, verifica-se que o mecanismo de extradição não seria o meio mais adequado, uma vez que dificilmente acarretaria no encerramento das atividades ilícitas do grupo ou conseguiria o confisco dos valores obtidos indevidamente.

detenção europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol.4, n.1, p.435-472, jan./abr.2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.114>.

3. DA TRANSMISSÃO DO PEDIDO DE AUXÍLIO MÚTUO

Destacada, portanto, a importância do auxílio mútuo na persecução do crime de branqueamento de capitais, cumpre esclarecer, então, como se dá, processualmente, a transmissão e concretização desse pedido.

3.1 CARTA ROGATÓRIA

Tradicionalmente, o auxílio mútuo é realizado mediante expedição de carta rogatória, isto é, por meio de um pedido formal de assistência feito por uma autoridade Judiciária de um Estado a outro; havendo, assim, a diferenciação entre cartas ativas, ou seja, quando uma autoridade *solicita* o auxílio da autoridade estrangeira para alcançar algum dos elementos necessários à persecução penal que se encontram fora de seu território nacional, e cartas passivas, quando a autoridade *recebe o pedido* de auxílio de outra autoridade estrangeira⁵⁶.

No Brasil, as cartas rogatórias se verificam tuteladas tanto pelo Código de Processo Civil (dentre os quais se destacam os artigos 36 e 960 ao 965) como pelo Código de Processo Penal (artigos 780 ao 786) e, no caso do Processo Penal, as rogatórias ativas, conforme leitura do artigo 783 “serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes”⁵⁷.

No entanto, o trâmite, por certo, estará de acordo com a legislação interna do país emitente da carta rogatória, como por exemplo, em Portugal, onde os pedidos devem ser dirigidos à Procuradoria Geral da República, que se encaminhará de enviá-los ao exterior⁵⁸.

⁵⁶ SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008, p. 306 e 315.

⁵⁷ BRASIL. *Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2019.

⁵⁸ Informações retiradas do Guia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal. Disponível em: <http://guiaajm.gddc.pt/emissao_pedido.html>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

Já no caso de carta rogatória passiva, no Brasil, os tribunais nacionais, ao receber o pedido, deverão conceder o *exequatur*, isto é, fazer uma análise formal de requisitos no sentido de se conferir a possibilidade de execução da cooperação em território nacional por meio de um juízo de delibação.

No caso do Brasil, a despeito do previsto anteriormente pelo Código de Processo Penal – que, em seu artigo 784, §1º prevê a competência do Supremo Tribunal Federal – o *exequatur* pertence ao Superior Tribunal de Justiça e, em sendo assim, o pedido de cooperação, recebido por via diplomática, será, após o juízo de delibação, encaminhado ao juízo competente para a sua execução⁵⁹.

Há de se falar, no entanto, que não está previsto na legislação brasileira qualquer prazo para o cumprimento da carta rogatória. De fato, o Art.786 do Código de Processo Penal Brasileiro apenas fala em “prazo razoável, que poderá ser excedido, havendo justa causa”⁶⁰. E, diante deste cenário, afirma Damásio de Jesus⁶¹ que 70% das cartas rogatórias brasileiras não são cumpridas e, as que são, demoram, no mínimo dois anos; fazendo com que muitos processos sejam atingidos pela prescrição da pretensão punitiva do Estado⁶².

Também nesse sentido, o relatório do GAFI⁶³ chama atenção para o fato de que a obtenção das cartas rogatórias pode ser muito demorada e

⁵⁹ Nesse sentido: GOVERNO FEDERAL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Roteiro de Tramitação em matéria penal*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/roteiro-de-tramitacao>>. Acesso em 12 de março de 2019.

⁶⁰ BRASIL. *Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2019.

⁶¹ JESUS, Damásio Evangelista de. Prescrição penal e rogatória não cumprida. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, p.5-6 fev./mar. 2004, p.5.

⁶² Uma vez ser certo que, conforme o parágrafo único do Artigo 222-A, a expedição de carta rogatória não suspende a instrução criminal. BRASIL. *Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2019.

⁶³ Relatório de Avaliação Mútua do Brasil do GAFI – Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo. Jun. 2010 p.4.

que, em não havendo informação sobre o tempo necessário para responder aos pedidos de assistência mútua em geral, haveria uma preocupação quanto à capacidade do Brasil em prestar uma efetiva cooperação⁶⁴.

Como resultado, tendo-se em vista a demora no alcance da cooperação por meio de carta rogatória, e buscando-se uma forma mais rápida e eficiente - seguindo as expressas orientações do GAFI e das convenções internacionais⁶⁵- verifica-se que, cada vez mais, vem se defendendo e se justificando que se tenha, como regra, um mecanismo de transmissão direta.

3.2 AUXÍLIO DIRETO

O auxílio direto representa um procedimento destinado ao intercâmbio entre órgãos judiciais e administrativos de Estados diversos independentemente de carta rogatória, isto é, de forma direta entre as próprias autoridades interessadas⁶⁶. Ou seja, ao invés de se utilizar da via diplomática, o auxílio direto se utiliza da figura da denominada “Autoridade Central”⁶⁷, que, no Brasil, a principal seria o Departamento de

Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

⁶⁴ No mesmo sentido, o GAFI afirma que também nos casos de extradição “não há medidas em vigor para assegurar que os pedidos e os procedimentos de extradição relacionados à lavagem de dinheiro sejam tratados sem demora”.

⁶⁵ Neste sentido: art.27º, 2 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, art.10º, 1 e 2 da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, art. 46º, 13 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e o art.3º, 1 do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (Mercosul). À nível Europeu, se verificam, os arts. 21º nº4 e 152º nº1 da Lei Portuguesa nº 144/99, o art. 53º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen – CAAS e os arts. 3º e 6º da Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo no âmbito dos Estados da União Europeia, de 29 de maio de 2000.

⁶⁶ SILVA apud. SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: das cartas rogatórias às equipes de investigação conjuntas. *Segurança pública & cidadania*: revista brasileira de segurança pública e cidadania, Brasília, v. 4, n. 1, p. 128.

⁶⁷ “A definição sobre quem poderá ser considerado como autoridade requerente vem contida nas disposições do tratado ou nas leis que regem a matéria. Normalmente,

Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRICI⁶⁸, e, em Portugal, a Procuradoria Geral da República, por competência delegada do Ministério da Fazenda.

Esta autoridade ficará responsável por receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar o cumprimento dos pedidos de cooperação judiciária, além de analisar os requisitos da lei do estado requerido, e, principalmente, garantir a celeridade e eficácia do pedido⁶⁹.

Em sendo assim, na medida em que possibilita a troca de informações entre autoridades de diferentes Estados sem que seja necessária a via diplomática – e, na grande maioria das vezes, sem que seja necessário o *exequatur* –, esse mecanismo permite que se alcance a cooperação de forma mais célere⁷⁰ e, por isso, seria um mecanismo mais efetivo de cooperação.

De fato, segundo busca realizada junto ao sistema do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, a partir das palavras-chave “carta rogatória” e “lavagem de dinheiro” e “cooperação internacional” verificou-se que, no espaço temporal de 01.01.2000 a 20.05.2019, apenas foi protocolada uma

são as autoridades judiciais e os membros do Ministério Público. Em alguns casos, são admitidas a autoridade policial e outras administrativas com atribuição de aplicação de sanção, como a Receita Federal”, nesse sentido: SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008, p.321.

⁶⁸ Fala-se aqui em principal porque existem convenções que definem outras autoridades centrais, tais como a Secretaria Especial de Direitos Humanos (no caso da Convenção de Haia sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional), a Procuradoria Geral da República (conforme a Convenção de Nova Iorque sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Brasil e Portugal e o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre Brasil em Canadá).

⁶⁹ Nesse sentido: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. *Cartilha de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Ano 2012. p.9. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

⁷⁰ Nesse sentido: SANTOS, Laura Rodrigues dos. *Cooperação Jurídica Internacional Em Matéria Criminal: Das Rogatórias Ao Auxílio Direto*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/laura_santos.pdf>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

carta rogatória (CR nº 438/BE), autuada em 31/01/2005 e com registro de “saída para Ministério das Relações Exteriores” em 12/08/2010, ou seja, mais de 5 anos, quase 66 meses⁷¹. Suprimindo o termo “lavagem de dinheiro” e mantendo-se o espaço temporal de 01.01.2000 a 20.05.2019 verifica-se a existência de mais 16 cartas rogatórias⁷² autuadas entre o mesmo período, demorando em média 34,4 meses desde a data de atuação e a remessa de saída.

No entanto, de acordo com dados obtidos diretamente com o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, desde o ano de 2014 (lembrando que a pesquisa junto ao STJ considerou como prazo inicial o ano 2000) até o maio/2017 teriam sido tramitados 370 pedidos de Cooperação Internacional envolvendo o crime de lavagem de dinheiro – porcentagem essa que representaria 47% do total de pedidos protocolados neste período com relação às demais matérias – demorando um tempo médio de 12 meses⁷³, ou seja, quase um terço do tempo que se levaria com o pedido por carta rogatória.

⁷¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CR 438/BE, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 15/08/2007, DJ 24/09/2007, p. 224. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200500151960>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

⁷² São elas: CR nº 998/IT (autuada em 19/07/2005 e registro de saída para o Ministério da Justiça em 16/10/2012); CR nº 9923/DE (autuada em 15/04/2015 e registro saída em 11/01/2018); CR 11165/US (autuada em 13/09/2016 e encaminhada para Coordenadoria de Recursos Extraordinários em 26/06/2018); CR nº 9952/ES (autuada em 28/04/2015 e registro de saída em 01/02/2017); CR nº 9824/ES (autuada em 23/02/2015 e registro de saída em 19/09/2016); CR nº 9832/ BO (autuada em 26/02/2015 e remessa de saída em 03/10/2016); CR nº 9854/ FR (autuada em 17/03/2015 e remessa em 08/03/2016); CR nº 9563/CN (autuada em 14/10/2014 e saída para arquivamento em 18/04/2018); CR nº 8145/IL (autuada em 24/05/2013 e saída para remessa em 03/10/2014); CR nº 8436/PT (autuada em 14/08/2013 e remessa em 13/11/2014); CR nº 7350/PT (autuada em 26/10/2012 e remessa em 02/03/2017); CR nº 7961/PT (autuada em 18/03/2013 e remessa em 02/12/2013); CR nº 5694/ PT (autuado em 17/03/2011 e saída em 02/08/2018); CR nº 4037/CH (autuada em 07/05/2009 e entrada na coordenadoria de Recursos Extraordinários em 07/10/2015); CR nº 6692/PT (autuada em 13/04/2012 e remessa em 22/11/2012); CR nº 5238/PT (autuada em 31/08/2010 e remessa em 17/08/2012).

⁷³ Dados obtidos diretamente (via e-mail) com o DRCI por meio das informações prestadas pela Coordenadora de Recuperação de Ativos Luíza Rocha Jacobsen.

E um dos motivos que justificariam essa maior celeridade é que esse mecanismo tem por base, primordialmente, os Acordos Internacionais (Bilaterais, Multilaterais ou Regionais) firmados entre os Estados para pré-estabelecer as regras para cooperação. Esses acordos, denominados *Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs)*⁷⁴, são acordos celebrados entre os governos e buscam facilitar o intercâmbio de informações relevantes para uma investigação que esteja em andamento em pelo menos um dos Estados⁷⁵.

Assim, essa cooperação embasada em tratados, além de facilitar a cooperação, na medida em que pré-determina as regras a serem seguidas, traz maior certeza ao processo e permite uma comunicação mais fluida entre as diferentes autoridades⁷⁶.

Ademais, os acordos são também muito importantes no que tange à soberania dos Estados; e isto pois, quando na cooperação internacional, não pode o Estado requerente impor que o Estado requerido cumpra

⁷⁴ Vale dizer que o auxílio direto entre os membros da União Europeia segue uma outra dinâmica, isto é, de acordo com a Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo no âmbito dos Estados da União Europeia. Assim, no contexto da União Europeia, a transmissão direta, ou auxílio direto, já é uma regra. Deste modo, rege-se o reconhecimento e confiança mútua, e, em sendo assim, a transmissão de pedidos, de forma sucinta, é feita diretamente entre autoridades judiciárias localmente competentes (sendo estas identificadas pelo Atlas Judiciário disponibilizado pela Rede Judiciária Europeia). Nesse sentido: MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. *COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL*. Disponível em: < <http://www.ministeriopublico.pt/pagina/cooperacao-judiciaria-internacional-em-materia-penal>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

⁷⁵ VILARES, Fernanda Regina. *Medidas assecuratórias na lei de lavagem*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. (VIII Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/185-Medidas-Assecuratorias-na-lei-de-lavagem>. Acesso em: 1 de maio de 2017; sobre o tema: CANESTRARO, Anna Carolina. Compartilhamento de dados e perseguição do Crime de branqueamento de capitais no âmbito dos Paraísos financeiros. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, Franca, v. 22, n. 35, p. 135-143, 2018. <https://doi.org/10.22171/rej.v22i35.2197>

⁷⁶ Assim, SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008, p. 313.

a medida extraterritorial conforme a sua legislação⁷⁷; agora, diante da existência de acordos, podem os Estados prever dispositivos específicos a serem aplicados no âmbito do tratado⁷⁸ e que estejam em concordância com a sua legislação. Além disso, há de se falar que os Estados, ao terem certa liberalidade para estipularem as regras, podem fazê-lo de acordo com as necessidades e especificidades de suas relações com cada Estado, podendo modificá-la de acordo com o momento penal⁷⁹.

Também por via dos tratados e acordos internacionais e comunicação direta entre as autoridades, interessante citar, que se verificam as chamadas equipes de investigação conjunta, isto é, equipes que subsistem por tempo determinado com um objetivo específico de efetuar investigações criminais em um ou em vários dos Estados-Membros⁸⁰.

⁷⁷ Nesse sentido, chama-se a atenção para o caso UBS x IRS, de 2008, no qual os Estados Unidos buscaram a cooperação internacional do Banco Suíço UBS para conseguir dados bancários de clientes americanos suspeitos que poderiam estar se utilizando no banco suíço para fraudar o imposto de renda. Importante dizer que, nesse caso, o impasse apenas pôde ser resolvido quando os países decidiram celebrar um acordo, ao que, segundo os dizeres de Eveline Widmer-Schlumpf, então Ministra da Justiça Suíça: “Com esse acordo, nós conseguimos evitar um conflito entre a soberania de dois Estados”. Artigo disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,suica-anuncia-acordo-com-eua-sobre-dados-de-clientes-do-ubs,421358>>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

⁷⁸ Como é o caso, por exemplo, do Código de Processo Penal Brasileiro que, em seu artigo 1º, prevê “O processo penal rege-se-á, em todo território brasileiro, por esse Código, ressalvados: I- os tratados, as convenções e regras de direito internacional”.

⁷⁹ “Diversamente do que acontece com outras formas de cooperação internacional, o conteúdo do auxílio judiciário define-se através de uma fórmula aberta, susceptível de evoluir de acordo com as circunstâncias de tempo e lugar, decorrentes do grau de desenvolvimento das relações entre os Estados implicados, das possibilidades de cooperação reconhecidas pela legislação interna de cada Estado e da evolução das necessidades de cooperação internacional, em função da evolução do próprio fenômeno da criminalidade”; assim: MARQUES apud SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008, p.320.

⁸⁰ “As autoridades competentes de dois ou mais Estados-Membros podem criar, de comum acordo, uma equipa de investigação conjunta para um objectivo específico e por um período limitado, que poderá ser prolongado com o

Permitindo assim a união das autoridades com capacidade operacional em territórios distintos e possibilitando a troca de informações e experiências das forças policiais⁸¹⁻⁸².

No caso, todavia, de inexistir Tratado previamente celebrado entre os Estados, a cooperação por meio do auxílio direto ainda poderá ser realizada, mas será ela fundamentada na garantia de reciprocidade; isto é, baseada no compromisso assumido pelo Estado requerente no sentido de que, nas mesmas circunstâncias, cumprirá medidas equivalentes àquelas executadas pelo Estado requerido⁸³. No entanto, enquanto que a cooperação via tratados facilita a cooperação, vez que delimita as regras a serem seguidas e traz maior celeridade e segurança ao processo, a cooperação via promessa de reciprocidade tem a desvantagem de depender, quase que exclusivamente de o Estado requerido aceitar ou não os termos da promessa, fator esse que dificulta o andamento e o entendimento da cooperação vez que a execução da cooperação está atrelada a outro ordenamento jurídico.

acordo de todas as partes, para efectuar investigações criminais num ou em vários dos Estados-Membros que criarem a equipa. A composição da equipa será indicada no acordo”, EUR-LEX. *Auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133108>>. Acesso em: 13 de março de 2019.

⁸¹ MONTALVO apud SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: das cartas rogatórias às equipes de investigação conjuntas. *Segurança pública & cidadania: revista brasileira de segurança pública e cidadania*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 115-137 jan./jun, 2011. p. 131.

⁸² E, vale dizer, cada vez mais vem se destacando a importância da criação dessas equipes de investigação para o combate à essa nova criminalidade - não só com relação aos crimes de branqueamento de capitais, mas aos crimes internacionais graves em geral. Nesse sentido, apenas à título exemplificativo, recentemente foi aprovada no Brasil a Lei de nº 13.344 de 06 de outubro de 2016, que dispõe justamente a respeito da necessidade de sua criação quando no crime de tráfico internacional de pessoas.

⁸³ Inclusive, vale ressaltar, os Tratados poderão prever expressamente a desnecessidade daquela dupla-incriminação anteriormente citada como uma trava para o mecanismo de extradição, como é o caso do acordo bilateral celebrado entre Brasil e Espanha; vide: BELOTTO, Ana Maria de Souza; MADRUGA, Antenor; TOSI, Mariana Tumbiolo. Dupla incriminação na cooperação jurídica internacional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 15-16, ago, 2012. p.15.

Feitas estas considerações, defende-se então que a cooperação internacional mediante o auxílio direto, principalmente por via dos tratados internacionais⁸⁴, permite uma cooperação muito mais dinâmica, célere e de acordo com as soberanias e as garantias processuais (uma vez que estas também se verificam nos termos dos tratados, garantindo assim maior segurança ao processo)⁸⁵. Ademais, ao trazer maior celeridade, tem-se, por consequência, uma maior eficiência da cooperação, e isto pois, por se tratar de bens ilícitos que se pretendem integrar ao mercado, quanto antes for prestada a cooperação, menor a chance de confusão, integração e perda dos valores ilícitos.

4. GRUPO EGMONT E UNIDADES DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA

Por fim, para que se tenha um eficaz combate à essa complexa criminalidade, destaca-se que não se deve pensar tão somente em um contexto de persecução, mas sim na junção dos mecanismos de persecução – já mencionados - com os de prevenção.

Desta feita, no sentido de se dar orientações e maior suporte para que o próprio Sistema Financeiro tenha meios de se resguardar dessas condutas criminosas, interessante chamar atenção para o denominado Grupo Egmont. Isto é, um organismo internacional informal *sui generis*, criado por iniciativa da Unidade Financeira de Inteligência Belga (CTIF) e norte-americana (FINCEN) para promover, em nível mundial, a troca de informações sobre o sistema financeiro, além de receber as comunicações, por parte dos organismos financeiros, sobre suspeitas

⁸⁴ De fato, a importância e as orientações para que fossem firmados tratados internacionais no sentido da cooperação internacional já se verificam desde a Convenção de Viena (88), que, em seu art. 5º, 2º, que, ao falar do confisco dos produtos derivados do delito, afirma: “g) As Partes procurarão negociar tratados, acordos ou entendimentos bilaterais ou multilaterais para reforçar a eficiência da cooperação internacional prevista neste Artigo”.

⁸⁵ SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008. p.323.

relacionadas à lavagem de dinheiro visando, justamente, estimular a cooperação internacional⁸⁶.

Para fazer essa troca de informações à nível global, o Grupo reúne as chamadas Unidades de Inteligência Financeira, criadas em vários países (atualmente já se tem mais de 100 UIFs) que se encontram regularmente para buscar formas de cooperar entre si, especialmente nas áreas de intercâmbio de informações, treinamento e troca de experiências sobre as mais novas condutas de branqueamento verificadas no mercado financeiro.

No âmbito do Grupo Egmont, os trabalhos estão voltados para três principais áreas: assuntos legais, tecnologia/treinamento e assistência à criação de novas unidades. Assim, o objetivo é promover um ambiente no qual as Unidades Inteligência Financeira possam, em conjunto entre si e com o Sistema Financeiro, encontrar melhores soluções para ampliar os respectivos programas nacionais de combate à lavagem de dinheiro⁸⁷.

Deste modo, a principal função da UIF⁸⁸ (que pode ter natureza judicial, policial, mista ou administrativa⁸⁹) é estabelecer um mecanismo de prevenção e controle do crime de lavagem de dinheiro por meio da proteção dos setores financeiros e comerciais a partir de um maior intercâmbio de informações financeiras, devendo coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de proventos ilícitos.

⁸⁶ CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – COAF. *Cartilha - Lavagem de dinheiro - Um problema mundial*. Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

⁸⁷ CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – COAF. *Cartilha - Lavagem de dinheiro - Um problema mundial*. Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

⁸⁸ Que, em sua maioria, se orientam de acordo com as recomendações contidas no Plano de Ação Contra Lavagem de Dinheiro (adotados na Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o Problema Mundial das Drogas, 1998, Nova Iorque). Idem.

⁸⁹ No caso do Brasil, o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) tem natureza administrativa e, no caso de Portugal, de acordo com a Lei Portuguesa de nº 37/2008 (atualizada em 2016) a UIF segue o modelo policial judiciário.

E dentro das competências do Grupo, está a de receber (e requerer informações de órgãos Administrativos), analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias sobre as informações financeiras com respeito a procedimentos suspeitos e presumidamente criminosos conforme legislação ou normas nacionais para, justamente, impedir a concretização do crime de lavagem⁹⁰.

Nesse sentido, resumidamente, as Unidades de Inteligência recebem (ou pedem) esclarecimentos provenientes de órgãos ou entidades e de pessoas obrigadas a prestar informações⁹¹ e na sequência, encaminham essas informações para outras Unidades (podendo, inclusive, apontar ou indicar rumos para as investigações) e para as autoridades policiais e judiciais. Uma vez recebidas essas informações, as autoridades policiais e judiciais devem dar início aos procedimentos cabíveis para se dar continuidade à investigação.

De grande importância, portanto, para o combate ao crime financeiro o inter-relacionamento entre as unidades de inteligência e as autoridades competentes de cada país, na medida em que as unidades, por serem mais específicas, possuem maior conhecimento, melhores técnicas (programas) e ao se comunicarem entre si, conseguem ter um acesso mais rápido às informações e, ao repassá-las às autoridades centrais, permitem um combate mais eficaz à essa complexa criminalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, verifica-se que o crime de lavagem de dinheiro se processa em um âmbito de uma nova criminalidade econômica surgida a partir, principalmente, de um maior fluxo de informações/capital e cada

⁹⁰ CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – COAF. *Cartilha - Lavagem de dinheiro - Um problema mundial*. Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

⁹¹ É o dever de comunicação que se impõe a determinados agentes econômicos e grupos profissionais em razão, principalmente, de sua maior exposição – é o caso, por exemplo, do gerente do Banco que tem uma fundada suspeita da natureza ilícita da operação).

vez menor controle sobre as movimentações financeiras. E, em sendo assim – e tamanha as proporções alcançadas com essa criminalidade – há de se questionar se haveria algum mecanismo à disposição do Estado que o permitiria realizar com mais eficiência e rapidez o necessário *follow the money* típico dessa específica criminalidade.

Nesse sentido, a resposta que aqui se destaca é que, por ser esta uma criminalidade complexa e, principalmente, transfronteiriça, mister se faz a cooperação a nível internacional entre os países, isto é, para que se permita a troca de informações entre Estados e sistemas financeiros diversos a fim de se detectar o quanto antes essas condutas de dissimulação, evitando-se que sejam pulverizadas e fundidas à proventos lícitos.

Com relação ao método de transmissão do pedido de cooperação, uma vez que o crime de lavagem de dinheiro tem em seus agentes pessoas com avançado conhecimento sobre o sistema financeiro e que têm a possibilidade de efetuar complexas transações em tempo instantâneo, mister se faz um método de transmissão que preze pela celeridade e eficiência. Desta feita, dentre os mecanismos judiciais de cooperação previstos pelo Grupo de Ação Financeira, destaca-se o auxílio direto, pois, ao contrário dos outros mecanismos – que apenas excluem um elemento fungível de uma organização grande e complexa –, este permite que se obtenha informações mais céleres e provenientes do próprio sistema financeiro; devendo esse auxílio ser fundamentado, por certo, em Tratados Internacionais por questões de respeito às garantias processuais e à soberania dos Estados.

Também ganham papel de destaque no combate à lavagem os mecanismos de prevenção, aqui citadas as Unidades de Inteligência Financeira - UIFs, que, a partir de um compartilhamento de informações e de experiências anteriores, permitem que os países possam evoluir, modernizar e se especializar cada vez mais no combate à essa criminalidade.

Sendo assim, diante de todo o exposto, percebe-se que a Cooperação Internacional tem grande importância no combate aos crimes econômicos e, em especial, no combate ao crime de lavagem de dinheiro; sendo o auxílio direto, aliado aos mecanismos de prevenção uma importante medida não apenas de repressão dos infratores, mas também de investigação e prevenção dessa importante forma de criminalidade global.

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tese (Doutorado em 2001) – Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0p0z9>>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor Machado Esteves Campos e. Medidas de combate aos paraísos fiscais numa economia globalizada subordinada ao dogma liberal: um paradoxo incurável? *Revista do Ministério Público*, n. 120, p.101-144. out./dez. 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com a alteração da Lei 12.863/2012*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BELOTTO, Ana Maria de Souza; MADRUGA, Antenor; TOSI, Mariana Tumbiolo. Dupla incriminação na cooperação jurídica internacional. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 15-16., ago, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 21, n. 102, p. 163-220, mai./jun, 2013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 67, p. 163-195, jan./mar, 2015.

CAEIRO, Pedro. A decisão-quadro do conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (eds.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1067-1132.

CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sônia. “O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década”. In: CAEIRO, Pedro (coord.). *Temas de Extradicação e Entrega*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 157-194.

CANESTRARO, Anna Carolina. Compartilhamento de dados e persecução do Crime de branqueamento de capitais no âmbito dos Paraísos financeiros. *Revista*

de Estudos Jurídicos da UNESP, Franca, v. 22, n. 35, p. 135-143, 2018. <https://doi.org/10.22171/rej.v22i35.2197>.

CASO UBS x IRS. Análise disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,suica-anuncia-acordo-com-eua-sobre-dados-de-clientes-do-ubs,421358>>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – COAF. Cartilha - Lavagem de dinheiro - Um problema mundial. Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

EUR-LEX. *Auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia*. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133108>>. Acesso em: 13 de março de 2019.

FATF-GAFI. *Le blanchiment de capitaux: qu'est-ce que c'est?* - Comment blanchit-on des capitaux?. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/fr/foireauxquestionsfaq/blanchimentdecapitaux/>>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

FIGUEIREDO, José Miguel. A extradição activa na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. In: CAEIRO, Pedro. *Temas de Extradicação e Entrega*. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 11-41.

GIACOMOLLI, Nereu José; SANTOS, Laura Rodrigues dos. Cooperação jurídica internacional em matéria criminal: autoridades centrais, das rogatórias ao auxílio direto. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 46, p. 97-116, jul./set. 2012.

GOVERNO FEDERAL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Roteiro de Tramitação em matéria penal*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/roteiro-de-tramitacao>>. Acesso em 12 de março de 2019.

GRABER, Christoph K. *Geldwäscherei: Ein Kommentar zu Art.305bis und 305ter StGB*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG Bern, 1990.

GUIA DE AUXÍLIO JUDICIÁRIO MÚTUO EM MATÉRIA PENAL. Disponível em: < http://guiaajm.gddc.pt/emissao_pedido.html>. Acesso em: 29 de maio de 17.

JANUARIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol.4, n.1, p.435-472, jan./abr, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.114>.

JESUS, Damásio Evangelista de. Prescrição penal e rogatória não cumprida. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, p. 5-6, fev./mar. 2004.

LAMPE, Ernst- Joachim. El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB), Tradução de Miguel Abel Souto. *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XX, 1997. p.118, nota 24.

MACHADO, Leonardo Marcondes. A lavagem de dinheiro no Brasil: breves apontamentos sobre as gerações legislativas. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal* (continuação da Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal), v.15, n. 90, p.34-43, fev./mar. 2015. p.37. Disponível em <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/27671>>. Acesso em 26 de maio de 17.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro* (Lavagem de ativos provenientes de crime) – anotações às disposições criminais da Lei n.9.613/98. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. pp.37-38.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. *Cartilha de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Ano 2012. p.9. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. *COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL*. Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.pt/pagina/cooperacao-judiciaria-internacional-em-materia-penal>>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Lavagem de dinheiro: anteprojeto de Lei IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. 2 v. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 19). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/243-Lavagem-de-dinheiro-anteprojeto-de-lei-IBCCRIM>. Acesso em: 1 de maio de 2017.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, A, p. 125-159, 2008.

PRADO, Luiz Regis. O novo tratamento penal da lavagem de Dinheiro (Lei 12.683/2012). *Revista dos Tribunais Online*, v. 101, n. 926, p. 401- 436, dez/2012.

RELARÓRIO DE AVALIAÇÃO MÚTUA DO BRASIL DO GAFI – SUMÁRIO EXECUTIVO. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>>. Acesso em: 13 de junho de 17.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *Lavagem de capitais*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. (VIII Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/155-Lavagem-de-capitais>. Acesso em: 1 de maio de 2017.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 277- 310.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: das cartas rogatórias às equipes de investigação conjuntas. *Segurança pública & cidadania: revista brasileira de segurança pública e cidadania*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 115-137. jan./jun, 2011.

SANTOS, Laura Rodrigues dos. *Cooperação Jurídica Internacional Em Matéria Criminal: Das Rogatórias Ao Auxílio Direto*. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/laura_santos.pdf>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

SAVONA, Ernesto. Mafia money-laundering versus Italian legislation. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 1-3, pp.31-56, 1993. <https://doi.org/10.1007/BF02249506>.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 16, n. 3, p. 423-474, jul./set. 2006.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008.

VILARES, Fernanda Regina. *Medidas assecuratórias na lei de lavagem*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. (VIII Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/185-Medidas-Assecuratorias-na-lei-de-lavagem>. Acesso em: 1 de maio de 2017.

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: 25/03/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 11/04/2019
- Avaliação 1: 17/04/2019
- Avaliação 2: 23/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 12/05/2019
- Retorno rodada de correções: 22/05/2019
- Decisão editorial final: 28/05/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CANESTRARO, Anna Carolina. Cooperação internacional em matéria de lavagem de dinheiro: da importância do auxílio direto, dos tratados internacionais e os mecanismos de prevenção. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 623-658, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.234>



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

Dados de comunicação privada eletrônica, jurisdição e cooperação jurídica internacional: Brasil e Estados Unidos

*Electronic communication data, jurisdiction and
international legal cooperation: Brazil and United States*

Ana Paula Gonzatti da Silva¹

Universidade de Coimbra - Portugal

gonzzattii@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/8322397994660002>

 <https://orcid.org/0000-0003-0443-0457>

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo saber se é necessário recorrer aos mecanismos de cooperação jurídica internacional para obtenção de dados que se encontram sob controle de provedores de aplicação de internet estabelecidos no exterior. Para tanto, inicialmente, traça-se um breve panorama da cooperação jurídica internacional (do que e por que se fala). Após, busca-se saber quais são os parâmetros para que uma pessoa jurídica esteja sob determinada circunscrição jurisdicional, de modo a definir se será ou não necessário ativar os mecanismos interetáticos. Em seguida, aborda-se, mais precisamente, aspectos do auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos e as especificidades na legislação americana relativas à proteção de divulgação de dados. Faz-se, diante do cenário trabalhado, ponderações críticas caso os trâmites de cooperação jurídica internacional não sejam seguidos. Em um último momento, busca-se trazer propostas para que os ditames do

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-penais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito penal e processual penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico (vinculado à Universidade de Coimbra). Graduada em Direito pela URGs (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Pesquisadora convidada nas Faculdades de Direito das Universidades de Bolonha e Gottingen. Advogada (OAB/RS 89.257).

direito internacional, em especial a soberania, sejam respeitados.

PALAVRAS-CHAVE: Dados de comunicação privada eletrônica; Jurisdição; Cooperação jurídica internacional; Brasil; Estados Unidos.

ABSTRACT: *This study aims to find out if it is necessary to resort to international legal cooperation mechanisms to obtain data which are under control internet application providers established abroad. Therefore, initially, draws up a brief overview of international legal cooperation (about what and why we spoken). After, seeks to know what the parameters are for that particular entity is determined under national jurisdiction, in order to determine whether or not it is necessary to activate the mechanisms of international legal cooperation. Next, more specifically, aspects of the mutual legal assistance treaty between Brazil and the United States and the specificities in the American legislation regarding the protection of disclosure of data are discussed. In the face of this scenario, critical considerations are made if international legal cooperation procedures are not followed. Finally, it seeks to bring proposals so that the norms of international law, especially sovereignty, are respected.*

KEYWORDS: *Electronic communication data; Jurisdiction; International legal cooperation; Brazil; United States.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: breves considerações; 1.1 Conceito de cooperação jurídica internacional; 1.2 Razões que levam os Estados a cooperar; 2 Da circunscrição jurisdicional dos dados de comunicação privada; 3 Particularidades envolvendo Brasil e Estados Unidos; 3.1 Auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos (MLAT); 3.2 Proteção de divulgação de dados no direito norte-americano; 3.1 Importância do estudo; 3.2 *Cloud Act* e as alterações no *Stored Communications Act*; 4. Ponderações críticas; 5. Propostas; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Ouve-se, cada vez mais, falar em cooperação jurídica internacional em matéria penal. A chamada internacionalização do crime e a celeridade da sociedade mundial contemporânea impulsionaram a criação de novos

mecanismos de colaboração como resposta eficaz aos delitos, visto que os meios clássicos cooperacionais já não respondiam à dinâmica e à rapidez exigidas pela pós-modernidade.

Curiosamente, em que pese a desburocratização dos trâmites e a consequente agilidade trazidas pelos novos instrumentos, corre, desde 2017, uma ação direta de constitucionalidade, cujo objeto é, justamente, a cooperação jurídica internacional (ADC 51). A Federação das Associações das Empresas de Tecnologia da Informação (Assespro Nacional) busca a declaração de constitucionalidade do Decr. 3.810/2001², do art. 237, II, do Código de Processo Civil e dos art. 780 e 783, do Código de Processo Penal, no que concerne aos procedimentos de cooperação jurídica internacional voltados à obtenção de dados de comunicação privada que estejam sob controle de provedores de aplicação de internet estabelecidos no exterior.

Cumprir lembrar, ainda, que as origens da ADC 51 decorrem de divergência jurisprudencial: alguns tribunais entendem necessária a assistência jurídica em tal hipótese³, ao passo que outros não a reputam obrigatória em virtude de as companhias em questão possuírem filiais em território brasileiro, assim como os dados de comunicação terem origem brasileira e os comunicantes serem brasileiros⁴. Para os filiados à segunda corrente,

² O Decr. 3.810/2001 promulgou o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997.

³ Neste sentido, a título ilustrativo, os seguintes julgados: Acórdão n.1072048, 20170020205912MSG, Relator: Jair Soares, Câmara Criminal do TJDF, Data de Julgamento: 29/01/2018, publicado no DJE: 06/02/2018. Pág.: 176/177; Acórdão n.1020417, 20160020295498MSG, Relator: Romão C. Oliveira, Câmara Criminal do TJDF, Data de Julgamento: 15/05/2017, publicado no DJE: 31/05/2017. Pág.: 102/103; Acórdão n.1396365-4/02, Relator: Arquelau Araujo Ribas, 3ª Câmara Criminal do TJPR, Data do Julgamento: 30/06/2016, Fonte/Data da Publicação: DJ: 1860 10/08/2016; Acórdão n.1396365-4, Relator: Arquelau Araujo Ribas, 3ª Câmara Criminal do TJPR, Data do Julgamento: 19/11/2015, Fonte/Data da Publicação: DJ: 1704 04/12/2015

⁴ Neste sentido, igualmente a título exemplificativo, os seguintes julgados: Mandado de Segurança n. 0014383-90.2014.8.19.0000, Relator Marcus Basilio, 1ª Câmara Criminal do TJRJ, Data de julgamento: 12/08/2014, Data de publicação: 14/08/2014; Acórdão no Inquérito 3.990, origem Distrito Federal, Relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma do STF, Data do Julgamento 14/03/2017,

basta ser feita uma requisição à filial brasileira e esta deve providenciar o seu cumprimento, sob pena de aplicação de sanções de cunho coercitivo.

Embora pendente de julgamento e com espectro restrito à declaração de constitucionalidade de normas específicas, a ADC 51 traz à baila importantes questionamentos envolvendo os próprios fundamentos da cooperação jurídica internacional e, em especial, do auxílio direto. Igualmente, surgem fundadas dúvidas diante das substanciais modificações na legislação norte-americana que trata divulgação (voluntária ou obrigatória) de dados armazenados, comunicações eletrônicas e registros transnacionais por provedores provados de internet (*Stored Communications Act*). Isso porque uma das normas alvo da ADC 51 é o Decr. 3.810/2001, que internalizou o tratado de assistência judiciária com o Governo ianque.

Como é possível notar em poucas linhas, o tema é permeado de controvérsias de distintas naturezas, mas que convergem para a mesma pergunta: caso o Estado brasileiro deseje obter informações controladas por empresa (*sob jurisdição*) estrangeira mas que possui filial em seu território, há um dever jurídico de fazer uso dos mecanismos de cooperação jurídica internacional (em especial MLATs) ou pode ele, simplesmente, endereçar uma requisição à empresa? Interessante notar, entretanto, que a interrogação central do debate é, necessariamente, precedida da seguinte discussão: os dados de comunicação privada em debate estão sob jurisdição brasileira ou estrangeira? E mais: poderia a empresa (*sob jurisdição*) estrangeira entregar voluntariamente os dados à autoridade nacional, sem a utilização de qualquer trâmite de cooperação jurídica internacional? Se sim, poderiam estes dados serem utilizados e valorados em processo penal brasileiro?

O manancial de perguntas relacionadas à temática é a mola propulsora do presente estudo. Propomo-nos analisar o assunto traçando, inicialmente, um breve panorama da cooperação jurídica internacional (do que e por que se fala). Feito isso, busca-se saber quais são os parâmetros para que uma pessoa jurídica esteja sob determinada circunscrição jurisdicional, de modo a definir se será ou não necessário ativar os

Data da Publicação DJE 02/06/2017 - ATA Nº 81/2017. DJE nº 116, divulgado em 01/06/2017; MS 33.751, Relator: Edson Fachin, Primeira Turma do STF, DJe de 31.03.2016; RHC n.67.558/RJ, Sexta Turma do STJ, DJe 21.10.2016.

mecanismos interetáticos. Em seguida, aborda-se, mais especificamente, aspectos do auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos e as especificidades na legislação americana relativas à proteção de divulgação de dados. Faz-se, diante do cenário trabalhado, ponderações críticas caso os trâmites de cooperação jurídica internacional não sejam seguidos. Em um último momento, busca-se trazer propostas para que os ditames do direito internacional, em especial a soberania, sejam respeitados.

1 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

O cerne do debate circunscreve-se em saber se se fazem necessários procedimentos de cooperação jurídica internacional - em especial o MLAT entre Brasil e Estados Unidos - voltados à obtenção de dados de comunicação privada que estejam sob controle de provedores de aplicação de internet estabelecidos no exterior. Sendo assim, interessante, em um primeiro momento, traçar linhas gerais do instituto (do que se fala), compreender os motivos que fomentaram o seu surgimento (por que se fala). É o que se passa a discorrer, ainda que de forma breve e sem qualquer pretensão exaustiva.

1.1 CONCEITO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL⁵

A cooperação jurídica internacional interestatal em matéria penal (também chamada de horizontal ou interetática⁶) pode ser conceituada

⁵ Interessante notar que existem dois tipos de cooperação jurídica internacional em matéria penal: a horizontal e a vertical. A horizontal se dá entre Estados, igualmente soberanos. Um Estado solicita a realização de um ato jurídico por outro Estado. Já a cooperação vertical é fruto das novas jurisdições penais criadas no século passado. Ela ocorre entre uma organização inter/supranacional (jurisdição não estatal) e Estados (jurisdição estatal), inexistindo para o requerido poder discricionário de decidir se coopera ou não. No presente trabalho trataremos apenas da cooperação jurídica internacional entre Estados, de modo que toda referência à cooperação jurídica internacional dirá respeito à interestatal.

⁶ Nas relações internacionais em que figuram somente entre os Estados, uso do termo interetático como adjetivo “(...) *est plus précis que ‘international’*”. Il

como um conjunto de procedimentos que visa possibilitar ou facilitar o exercício da ação penal numa dada jurisdição estatal⁷ ⁸ (jurisdição requerente/parte ativa) através da prática de certos atos jurídicos promovidos por e em outra jurisdição estatal (jurisdição requerida/parte passiva).

Os atos cooperacionais são realizados para viabilizar (possibilitando ou facilitando) o *ius puniendi* através de uma ação penal⁹, permitindo a persecução e a repressão de infrações por parte do Estado requerente¹⁰.

permet ainsi de designer strictement des rapports entre États par opposition aux rapports se formant avec d'autres sujets de droit international" (1). Contudo, como o presente trabalho versará apenas sobre cooperação internacional de cariz interestatal, sempre que for usado o termo internacional, entenda-se "entre Estados". (1) SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit International public*. Bruylant: Bruxelles, 2001, p. 599.

⁷ O termo jurisdição aqui é empregado para distinguir as jurisdições de dois ou mais Estados. Nesse sentido, o termo abarca jurisdição estatal pessoal (sobre seus cidadãos e com as consequentes obrigações de respeito que recaem sobre terceiros) e a jurisdição estatal territorial (sobre outras pessoas que se encontrem em espaços sujeitos à sua jurisdição estatal ou sobre direitos abrangidos por esta relativos ao seu território e aos espaços submetidos essencialmente ao mesmo regime jurídico). BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*. Vol II. Coimbra: Almedina, 2004, p. 133.

⁸ Para uma apreciação das diferentes acepções do termo jurisdição, conferir em CAEIRO, Pedro. Claros e escuros de um auto-retrato: breve anotação à jurisprudência dos tribunais penais internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação. *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 17 e 18 e em PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2002, p. 19.

⁹ Ação penal é "(...) apenas o poder-dever que compete ao M.P., e em que podem participar em certos termos alguns particulares, de submeter a julgamento jurisdicional a acusação de uma infração criminal" (1). Ela decorre da proibição de auto aplicação do *ius puniendi* pelo Estado, sendo o seu exercício meio para sancionar quem viola as normas penais matéricas (2). É através dela que o Estado verifica a presença das condições do *ius puniendi*, de forma a determinar qual a sanção penal cabível. Portanto, para que configure a cooperação jurídica internacional em matéria penal, o ato tem que sevir para uma imputação criminal. (1) NEVES, A. Castanheira. *Sumário de processo criminal*. Coimbra: Dactilografado por João Abrantes, 1968, p. 85. (2) JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 34.

¹⁰ ZIMMERMANN, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 2. Éd. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 5.

Possui, desse modo, uma função acessória ao processo penal¹¹. Embora todo o esforço entre os cooperantes (seja na fase preliminar, seja na fase processual) vise, em última análise, à efetivação da Justiça Penal, não é sua finalidade apurar a responsabilidade penal¹²; não é meio para tanto¹³.

1.2 RAZÕES QUE LEVAM OS ESTADOS A COOPERAR

A cooperação jurídica possui uma longa tradição¹⁴, não sendo um tema novo. De um modo geral, constata-se que seu escopo principal é o de evitar a impunidade¹⁵ que a internacionalização do crime e a barreira da soberania favorecem. Desde o século XIX, são notórias a facilitação do tráfego e o desenvolvimento de intercâmbios internacionais¹⁶. A criminalidade passou a ter gradativamente a sua ação alargada para além das fronteiras, de forma que a visão de um processo penal com intervenção única e exclusiva do tribunal nacional foi alterada pela realidade de um processo com dimensão transnacional¹⁷. A conexão de um fato criminoso com diferentes ordenamentos

¹¹ AMBOS, Kai; POSCHADEL, Annika Maleen. Begriff der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. In: AMBOS, Kai; KÖNIG, Stefan; RACKOW, Peter (Hrgs.). *Rechtshilferecht in Strafsachen*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 58.

¹² MEYER, Frank. Grundsstrukturen der Rechtshilfe in strafsachen: Besonderheiten Schweiz. In: AMBOS, Kai; KÖNIG, Stefan; RACKOW, Peter (Hrgs.). *Rechtshilferecht in Strafsachen*. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 135.

¹³ MARTINS, Teresa Alves. Um guia de auxílio judiciário mútuo em material penal. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa. A. 32, n. 128, p. 321-355, out/dez 2011, p. 322.

¹⁴ GLESS, Sabine. *Internationales Strafrecht*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011, p. 68.

¹⁵ Como bem lembra Kai Ambos, impunidade significa ausência de castigo (em oposição aos termos impunibilidade, imputabilidade e/ou imunidade). AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 33.

¹⁶ ROUX, Jean-André. L'Entr'aide des États dans la lutte contre la criminalité. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Paris, Tome 36, 1931, p. 89.

¹⁷ MARTINS, p. 322.

jurídicos¹⁸ é um fenômeno que tem aumentado vertiginosamente com a globalização¹⁹.

Lidar com a criminalidade exclusivamente a nível nacional passou a ser tarefa inglória²⁰. Os Estados, isoladamente, não são

¹⁸ MARTINS, p. 322.

¹⁹ Importa ressaltar que internacionalização do crime não é sinônimo de crime internacional. Os crimes podem ser comuns ou internacionais. Os últimos violam instrumentos jurídicos internacionais (1), constituindo os “(...) crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto” (2). Assim, conforme ensina Antonio Cassese, crimes internacionais são os atos que, cumulativamente: a) violam normas costumeiras de direito internacional; b) esses costumes são considerados importantes para toda a comunidade internacional (Estados e indivíduos); c) há um interesse universal na repressão desses atos, e d) ainda que os atos tenham sido cometidos por sujeito na qualidade de chefe de Estado, ele não está sujeito às imunidades de jurisdição decorrentes do cargo (3). Já os crimes comuns violam normas penais estatais, subdividindo-se naqueles com caráter estritamente nacional e naqueles que tem elementos de conexão com outros países. Esse vínculo interestatal decorre do seu caráter transnacional, cujos elementos de conexão estão arrolados na Convenção de Palermo (4), ou da existência de elementos de conexão do ato delitivo entre diferentes jurisdições estatais que não são suficientes para configurar a transnacionalidade. Quando nos referimos à internacionalização do crime, utilizamos o termo para designar aquelas condutas criminosas que possuem elementos de conexão com outros Estados, mas que não são crimes internacionais. (1) DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, p. 109. (2) Caso não perturbem toda a comunidade internacional, ainda que graves, não serão considerados crimes internacionais. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-crítica*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 267. (3) CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford, 2003, p. 23-24. (4) Conforme o art. 3, 2 da Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional – Convenção de Palermo, uma infração penal possui caráter transnacional quando: “a) for cometida em mais de um Estado; b) for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) for cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.”

²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal? *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 191.

capazes de um combate eficaz contra o crime internacionalizado²¹. Isso porque, em respeito à soberania, uma entidade estatal não tem como ordenar que determinado ato seja realizado dentro da esfera de outro Estado (consagração do princípio *par in parem non habet imperium*²²). Paralelamente, e em decorrência do mesmo princípio, não é possível uma jurisdição (ela própria) obrar no seio da outra, tendo em vista a inviolabilidade territorial (princípio da territorialidade)²³. Desse modo, sempre que uma jurisdição “A” necessitar realizar uma atividade em local de competência de uma jurisdição “B”, deve “A” solicitar a “B” a realização da medida. “A” depende da cooperação (auxílio) de “B”.

A cooperação internacional é, assim, imprescindível para a solução das demandas criminais que carecem de elementos (provas, indivíduos, etc.) e que se encontram em outra circunscrição jurisdicional (território)²⁴. Frente ao novo paradigma da política criminal - a internacionalização do

²¹ TRAVERS, Maurice. Les effets internationaux des jugements répressifs. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Paris, Tome 4, 1924, p. 465.

²² É claro que a igualdade decorrente do referido princípio reflete uma paridade jurídica, mas não necessariamente material, gerando, às vezes, injustiças. DECAUX, 1999, p. 82-83.

²³ SCHUSTER, Frank Peter. *Verwertbarkeit im Ausland gewonner Beweise im deutschen Strafprozess*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 24.

²⁴ Como bem destaca João Miguel Figueiredo, um pedido de extradição (e pensamos que a mesma lógica vale para os demais modalidades de cooperação) pode ser realizado “não apenas quando a pessoa em causa se encontra no território da entidade que recebe o pedido como quando se encontra em qualquer outro espaço sobre o qual ela possa exercer a respectiva jurisdição, mesmo que objetivamente, não possa ser configurado como o seu território: pense-se. Por exemplo, nos navios com pavilhão da entidade requerida. Em segundo lugar, porque existem entidades que, não sendo soberanas – nem, por conseguinte, titulares do território onde o extraditando se encontra – exercem jurisdição sobre esse território, constituindo-se por essa via em destinatárias idóneas de pedido de extradição: veja-se novamente, a título de exemplo, a Região Administrativa Especial de Macau” (1). No presente trabalho, entretanto, sempre que nos referirmos a território estatal, faz-se referência também a circunscrição jurisdicional de cariz estatal. (1) FIGUEIREDO, José Miguel. A extradição activa na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. In: CAEIRO, Pedro (Coord.). *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 15.

crime devido à globalização²⁵ -, o quadro cooperacional interestatal tem evoluído muito nas últimas décadas, tanto no que se refere às modalidades de cooperação, quanto à intensidade²⁶.

Como restou demonstrado, a necessidade de cooperação jurídica internacional coloca-se justamente quando um Estado não possui jurisdição sobre determinado(s) elementos(s), necessitando assim recorrer aos préstimos de um Estado estrangeiro para alcançá-lo(s) e deslindar a lide penal nacional. A questão, assim, está intrinsecamente ligada em saber qual o Estado que tem, diante de tais elementos, o poder para exercer *imperium*, isto é, quem está legitimado não apenas para ordenar (competência material), mas sim também a quem (competência pessoal) e onde deve ordená-lo (competência local)²⁷.

A mola propulsora de um pedido de cooperação é, deste modo, a falta de circunscrição jurisdicional de um Estado (legitimado) sobre

²⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 15.

²⁶ Conforme João Marcello de Araújo Júnior, até o século XIX, “a cooperação internacional na luta contra o crime limitava-se a algumas poucas regras sobre extraterritorialidade e a outras sobre extradição, que, em nosso País, surgiu em 1847”. ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Cooperação Internacional na Luta contra o Crime. Transferência de condenados. Execução de Sentença Penal Estrangeira. Novo Conceito*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 10, p. 105-115, 1995, p. 106.

²⁷ Acompanhando Pedro Caeiro, entendemos por jurisdição em matéria penal “o poder legítimo de determinar (em abstracto e em concreto) as condutas criminalmente relevantes”. Tal conceito, conforme o referido autor, possui três modos de concretização, segundo classificação da doutrina anglo-saxônica: *jurisdiction to prescribe* (poder legítimo que um Estado, ou ente legítimo, tem de emanar normas penais, determinando o que é proibido e o alcance da proibição), *jurisdiction to adjudicate* (poder de órgãos juridicamente legitimados aplicarem a determinado fato uma norma, definindo-o juridicamente) e *jurisdiction to enforce* (poder de dar vigência a determinadas decisões, realizado normalmente através de atos materiais). CAEIRO, Pedro. *Fundamentos, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010, p. 41 e segs. Importa dizer que a cooperação jurídica internacional está relacionada com a jurisdição judicativa, porque chama a autoridade competente a lidar com fatos e os classificar, relacionando-se com o poder de sujeitar pessoas e coisas a procedimentos judiciais.

determinada pessoa ou em determinado território. Por lógica, é dispensável apenas nos casos em que o(s) elemento(s) visados por um Estado encontram-se dentro de seu espectro jurisdicional.

2 DA CIRCUNSCRIÇÃO JURISDICCIONAL DOS DADOS DE COMUNICAÇÃO PRIVADA

Feitas estas considerações iniciais sobre a cooperação jurídica internacional, resta-nos, agora, saber sob qual jurisdição encontram-se os dados de comunicação privada.

Os defensores da dispensabilidade da cooperação jurídica internacional alegam que se trata de uma filial da pessoa jurídica estrangeira. Invocam, assim, o art. 21 do Código de Processo Civil²⁸ e o art. 1.126 do Código Civil²⁹, concluindo que a empresa se submete à autoridade judiciária brasileira em relação aos serviços prestados a brasileiros. Da mesma sorte, valem-se do previsto no art. 11 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei do Marco Civil da Internet)³⁰. Tendo em vista os dispositivos legais referidos, inferem que a filial representa a rede

²⁸ Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

²⁹ Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração. Parágrafo único. Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios.

³⁰ Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

internacional de relacionamentos e que, portanto, “deve responder pelo descumprimento de ordem judicial, ainda que as informações a ela requisitadas não estejam imediatamente a seu alcance, mas, em poder das empresas que a constituíram para atuar no Brasil”³¹. Entendem, deste modo, incidir o espectro da jurisdição brasileira sobre os dados de comunicação privada.

Somos tentados, a partir de uma leitura mais apressada dessas normas, a espousar o raciocínio aludido. Entretanto, se feita uma apreciação pormenorizada e em conjunto com outros preceitos legais e doutrinários - especialmente competência pessoal brasileira - a visão sobre a questão tende a modificar-se substancialmente.

Neste sentido, a nacionalidade da empresa³² que controla os dados de comunicação é um tópico intransponível que, salvo melhor juízo, mereceria um pouco mais de reflexão à luz do ordenamento jurídico nacional. Isto porque os provedores, enquanto sociedades, dependem

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

³¹ MS 33.751, Relator: Edson Fachin, Primeira Turma do STF, DJe de 31.03.2016; RHC n.67.558/RJ, Sexta Turma do STJ, DJe 21.10.2016

³² Como lembra João Grandino Rodas, dentre os diversos critérios doutrinários são utilizados para atribuição de nacionalidade à pessoa jurídica, destacam-se: o da autonomia da vontade, o da teoria da autorização, o da constituição ou da incorporação, o da lei de constituição, o do lugar da constituição, o da nacionalidade dos sócios ou dos acionistas, o da sede ou domicílio social, e o do centro de exploração. Salienta o Autor, ainda, que o exame comparativo demonstra que em nenhuma época foi possível a utilização de apenas um dos critérios em estado puro, verificando-se, apenas, o uso de um critério preponderante, mas sempre coadjuvado por, no mínimo, um outro. RODAS, João Grandino. *Sociedade comercial e Estado*. Prefácio Fábio Konder Comparato. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Saraiva, 1995, p. 418.

de sua lei nacional, sendo essencial determinar a sua nacionalidade para descobrir qual lei deve reger o seu estatuto jurídico³³.

Nesta acepção, conforme o art. 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁴, as pessoas jurídicas devem obedecer às leis do Estado em que se constituírem. Mais. Segundo o citado art. 1.126 do Código Civil brasileiro, é considerada nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração³⁵. Por outras palavras: a nacionalidade da pessoa jurídica dá-se em função do local de constituição da sociedade e onde mantém a sua sede real e efetiva (e não simplesmente nominal ou fictícia)³⁶. Em sentido oposto, a sociedade será estrangeira quando a sua sede estiver fora do território nacional e a sua constituição e organização estiverem sob a égide de lei estrangeira.

Por suposto que a nacionalidade da pessoa jurídica guarda, até certo ponto, relação com a sua proveniência. Mas a qualidade de pessoa estrangeira fundamenta-se, especialmente, “na relação de subordinação em que se encontra com o Estado que lhe deu origem, e a considera

³³ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 434.

³⁴ Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

§ 1º Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

§ 2º Os Governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou susceptíveis de desapropriação.

§ 3º Os Governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.

³⁵ Importa lembrar que a nacionalidade das pessoas jurídicas pode ser aferida de distintas maneiras. Conforme Modesto Carvalhosa, três são os principais sistemas utilizados: a) local da constituição da sociedade (local onde a sociedade foi fundada); b) local da sede social; c) local onde se encontra o controle econômico. CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195), volume 13. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 554.

³⁶ CARVALHOSA, 2003, p. 562.

existente, como realidade jurídica, na extensão de sua competência, com a qualidade de súdito próprio, nacional, permanente”³⁷. A sociedade, assim, adquire nacionalidade se observar as prescrições legais de determinado país e será a este país que estará sempre vinculada³⁸. Destarte, “uma sociedade constituída no estrangeiro é uma sociedade estrangeira, pertence ao Estado em que se constituiu e assim permanece por toda a sua duração”³⁹; sequer a vontade dos sócios é capaz de modificar a sua nacionalidade. Analogicamente, tampouco os Estados podem modificar a sua nacionalidade.

É claro que não se pode confundir o reconhecimento da pessoa jurídica estrangeira com o seu funcionamento em nosso território. O primeiro decorre exclusivamente da lei de sua nacionalidade; o segundo diz respeito às situações em que esta pessoa deseja aqui se instalar por meio de filial, agência ou estabelecimento e que, portanto, “deverá submeter seus atos constitutivos a nossas autoridades, ficando sujeita à lei brasileira no que tange a seu funcionamento em nosso país”⁴⁰. Fixa-se, então, apenas a competência da lei domiciliar, não havendo qualquer nacionalização da pessoa jurídica estrangeira⁴¹.

Isso implica, por consequência lógica, que as pessoas jurídicas estrangeiras, em verdade, não se submetem à lei brasileira, pois o seu vínculo permanece com o país onde foram constituídas. Unicamente as filiais, agências ou estabelecimentos, em virtude da competência da lei domiciliar, sujeitam-se aos ditames legais tupiniquins. A constituição de uma filial aqui no Brasil faz com que apenas esta filial, que possui personalidade jurídica própria e distinta da sua matriz, esteja sob o véu da legislação brasileira. Não tem, de maneira alguma, o condão de arrastar para o manto legal nacional a matriz sob o aspecto da competência pessoal.

³⁷ CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5ª ed. aum. e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 334.

³⁸ CARVALHOSA, 2003, p. 564.

³⁹ CARVALHOSA, 2003, p. 612.

⁴⁰ DOLINGER, p. 451. (Grifo nosso)

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 11ª ed. adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 331.

Da mesma sorte, não pode ser evocada qualquer competência territorial sobre os dados. Como é sabido, tendo em vista o paradigma Estado soberano/território/*ius puniedi*, o Estado pode dirigir livremente as suas prescrições a quem se encontra em seu território⁴². No caso em comento, a sede localiza-se em outro território: o americano.

E aqui, ao que nos parece, centra-se o busílis da ADC 51. Tendo em vista que os dados se encontram sob guarda da matriz, que continua sendo estrangeira e se encontra no estrangeiro, inexistente jurisdição brasileira sobre eles tanto sob o aspecto da competência pessoal como da territorial.

Igualmente, não podemos sucumbir ao canto das sereias, invocando o art. 21 do Código de Processo Civil para solução do caso, em especial o parágrafo único. O referido dispositivo faz referência à competência da autoridade judiciária brasileira para processar e julgar as ações cuja ré seja pessoa jurídica estrangeira domiciliada no Brasil, ou seja, nos casos em que possui filial, agência ou sucursal aqui. Perceba-se que tal dispositivo diz respeito a situações que envolvem a sociedade estrangeira como ré de uma ação. Mas o caso em questão é diferente. O que está em causa é a competência para angariar provas (dados de comunicação) que se encontram sob a jurisdição de outro Estado amparados no argumento de que a filial da empresa estrangeira possui domicílio no Brasil.

Perceba-se, entretanto, que são coisas com matrizes distintas. De um lado existe a ação (processar e julgar); de outro, a capacidade de buscar elementos que dão substrato ao processo e que se encontram no estrangeiro. O art. 21 do CPC não autoriza - e nem poderia-, que a competência para processar e julgar abarque também a prática de atos jurídicos em outra jurisdição (competência pessoal e territorial).

Assim sendo, a alegação de que os dados de comunicação privada foram trocados em território brasileiro e por pessoas aqui residentes não é suficiente para conferir a jurisdição brasileira sobre eles. A jurisdição deve ser aferida em relação à pessoa jurídica e ao território no qual se encontram os elementos de comunicação. E, relativamente a estes dois, no presente caso, inexistente jurisdição brasileira. Da mesma sorte, o fato

⁴² CAEIRO, 2010, p. 355.

de uma autoridade brasileira autorizar a interceptação das comunicações não confere poder jurisdicional sobre coisas e pessoas submetidas a outra jurisdição. Isto, conforme aferido inicialmente, se trata de um procedimento interno.

Tendo em vista o cenário apresentado, temos as maiores dúvidas de que uma autoridade brasileira possa impor (legitimamente) a uma empresa estrangeira que entregue os dados de comunicação privada sob o seu controle. Por decorrência lógica, já que os dados se encontram sob custódia da empresa estrangeira, não pode a filial ser compelida a entregá-los. Somente seria válido tal raciocínio caso os dados estivessem sob tutela de empresa sob o manto jurisdicional brasileiro, no caso, as filiais em questão.

3. PARTICULARIDADES ENVOLVENDO BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Embora o presente estudo tenha por questionamento central saber se é necessário recorrer aos mecanismos de cooperação jurídica internacional na obtenção de dados que se encontram sob controle de provedores de aplicação de internet estabelecidos no exterior, como a discussão na Corte Constitucional Brasileira tem como parâmetro normativo concreto o Decr. 3.810/200 - que internalizou o tratado de auxílio direto entre Brasil e Estados Unidos- trataremos mais especificamente deste instrumento e das peculiaridades do direito americano em relação à divulgação de dados eletrônicos.

3.1 AUXÍLIO DIRETO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS (MLAT)

Interessante notar que foi firmado, entre Brasil e Estados Unidos, um acordo cujo o objeto é, precisamente, o auxílio direto em matéria penal (mais conhecido como *Mutual Legal Assistance Treaty* ou MLAT). Desde então, os procedimentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal entre estes dois países têm sido desburocratizados, por meio da comunicação direta entre as chamadas autoridades centrais. Diminuíram, de forma considerável, os prazos de cumprimento das solicitações de cooperação, ao mesmo tempo que aumentou o êxito dos

procedimentos interetáticos desta natureza. Igualmente, escassearam os casos de nulidade probatória no processo principal.

O auxílio direto se dá quando o Estado requerido assume o papel de promotor do pedido de cooperação⁴³, apresentando-o ao órgão competente para tanto (judicial ou administrativo⁴⁴), após um prévio exame da conformidade do objeto da requisição com o ordenamento jurídico interno e externo, de tal sorte que o requerido assume a responsabilidade da execução do pedido como se seu fosse.

Nesse sentido, a Secretaria Nacional da Justiça, órgão vinculado ao Ministério da Justiça do Brasil, aduz que a cooperação jurídica *stricto sensu* (auxílio direto)

Configura-se como uma solicitação estrangeira que, se estiver em conformidade com as formalidades do Estado requerido, será recebida em seu ordenamento jurídico como se nacional fosse. (...) As Autoridades Centrais ficarão encarregadas de apresentar e receber, normalmente por comunicação direta entre elas, os pedidos de auxílio jurídico direto⁴⁵.

Dessa forma, no auxílio direto é possível a “cognição plena”⁴⁶, visto não se tratar, ao promover a medida dentro do Estado requerido,

⁴³ MORO, Sergio Fernando. Cooperação Jurídica Internacional em Casos Criminais: Considerações Gerais. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. (Org.). *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 23.

⁴⁴ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. Cooperação Jurídica Internacional e Auxílio Direto. In: BARROSO, Luis Roberto; TIBÚRCIO, Carmen (Org.). *O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 798.

⁴⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2ª Ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2009, p. 67.

⁴⁶ TOFFOLI, José Antônio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil. In: *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009, p. 26.

da execução de um pedido estrangeiro, e sim de uma solicitação da autoridade do próprio requerido^{47 48}. O País requerido não fica limitado à concessão do *exequatur* (realizada após juízo de delibação⁴⁹), podendo atuar de maneira ativa. Claro, nesse sentido, o art. 28 do NCPC

⁴⁷ Poderíamos comparar o grau de cognoscibilidade do auxílio direto àquele presente no sistema das comissões consulares. Esse último sistema era adotado pelos países da *Common Law*, tendo como responsável por pleitear as diligências necessárias (para o Estado no qual corria o processo principal) frente a autoridade local o cônsul (1). Portanto, como era um procedimento pleiteado diretamente às autoridades estrangeiras (em relação ao país que precisa das medidas), a cognição também podia ser plena. Nota-se, portanto, que, em ambos, as diligências são dirigidas diretamente pelo no país estrangeiro onde as medidas devem ser efetuadas. Todavia, com a diferença de que não é uma autoridade do país estrangeiro (Autoridade Central requerida) que pede a realização da medida a uma autoridade local, mas o consul, quando pelo sistema consular. (1) PINTO, Lambertini. *Cartas Rogatórias: Estudo crítico e elucidário pratico para a execução das rogatórias portuguesas no Brazil, Hespanha, França e Inglaterra*. Lisboa: Typographia e Stereotypia Moderna, 1898, p. 29.

⁴⁸ Caso trate-se da execução de decisão estrangeira, o mecanismo adequado poderá ser a carta rogatória ou a homologação de decisão estrangeira. A redação do art. 40 do NCPC é clara ao afirmar que “a cooperação jurídica internacional para execução de decisão estrangeira dar-se-á por meio de carta rogatória ou ação de homologação de sentença estrangeira, de acordo com o art. 960”. Duas ressalvas quanto aí referido artigo são cabíveis. A primeira é que o termo homologação de sentença estrangeira deve ser entendido, na verdade, como decisão estrangeira. O entendimento restritivo do termo, conforme alerta Teresa Arruda Alvim Wambier *et al*, geraria uma imprecisão, já que o art. 960 do NCPC usa o termo mais amplo (à ação de homologação de decisão estrangeira), que abrange a decisão interlocutória estrangeira e a decisão arbitral estrangeira (1). A segunda observação é uma mera alusão ao óbvio: nos casos de decisão penal estrangeira, deve-se seguir inicialmente o disposto nas leis processuais penais; o disposto nas leis processuais civis tem caráter suplementar. (1) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; COINCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferrres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

⁴⁹ Conforme Boni de Moraes Soares, “(...) os elementos que compõem o juízo de delibação giram em torno da preservação dos princípios gerais do ordenamento do Estado em que se pretende executar o ato jurisdicional estrangeiro, sem que haja análise de fundo sobre o bem da vida exposto em julgamento”. SOARES, Boni de Moraes. Um réquiem ao velho juízo de delibação: cognição no direito processual internacional brasileiro. In: RAMOS, André

Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de deliberação no Brasil.

Diferentemente da cooperação penal tradicional - cuja visão que se tem é de um ato de soberania envolvendo necessariamente o poder político e as vias diplomáticas, com o aval do executivo e a intervenção judiciária⁵⁰-, o auxílio direto caracteriza-se por um conjunto de medidas que busca a simplificação e a aceleração de procedimentos necessários à perseguição criminal e à realização das finalidades do processo, bem como a execução de atos necessários à apreensão ou à recuperação de instrumentos, objetos ou produtos da infração⁵¹.

Neste ponto, as chamadas autoridades centrais desempenham um papel fundamental. Uma Autoridade Central (AC) é, em consonância com Wladimir Aras, “um órgão técnico especializado, em regra não jurisdicional, que se encarrega da interlocução internacional em matéria de cooperação jurídica em matéria civil e penal”⁵². No âmbito cooperacional, pode a AC “atuar em pedidos que vão desde uma simples comunicação de atos processuais até a obtenção de uma decisão judicial para atender aos interesses do outro Estado”⁵³.

de carvalho; MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 62.

⁵⁰ AZPAREN, Agustín Lucas; GUTIERREZ, Ángeles Zarza; MOTA, José Luis Lopes da. *El espacio judicial europeo: cooperación judicial civil y penal: código de normas*. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 24.

⁵¹ ALCAIDE, Sandra Elisabete Milheirão. Cooperação judiciária clássica vs. a convenção de auxílio judiciário mútuo em matéria penal de 29 de Maio de 2000. In *Revista do Ministério Público*. Lisboa, A. 31, N° 124, p. 89-113, 2010, p. 101.

⁵² ARAS, Vladimir. O Papel da Autoridade Central nos Acordos de Cooperação Penal Internacional. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 73.

⁵³ TUMA JÚNIOR, Romeu. Autoridade central e o seu papel na cooperação jurídica internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2ª Ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2009, p. 16-15.

Por ser um órgão especializado em auxílio direto, possibilita que os pedidos, tanto passivos como ativos, possam ser realizados de maneira mais rápida, pois ela conhece os trâmites a serem seguidos, que estão esparsos em tratados e legislações (internas e alienígenas). Ela reflete uma ótima resposta a um problema apontado ainda no final do século XIX, por Lambertini Pinto, exposto da seguinte forma:

Uma das conclusões a que havia chegado foi que uma das principais causas da demora no cumprimento, ou mesmo do não cumprimento, das rogatórias portuguesas é, não a via diplomática tão injustamente acusada, e que vale bem pelos benefícios que dispensa o ligeiro atraso que, em regra, ocasiona, *mas, principalmente, o desconhecimento que os pleiteantes, ou quem os representa e ainda, às vezes os próprios tribunaes deprecantes, têm de determinados preceitos de lei e usos dos tribunais dos outros paizes, que é indispensável observar antes da expedição das mencionadas rogatórias e durante a sua execução.* Por consequência orientar todos os que têm de haver-se com a expedição de deprecadas n'esses preceitos de lei, que se não acham reproduzidos juntos ou dispersos, em nenhuma das nossas publicações jurídicas (...) ⁵⁴. (grifamos)

A culpa da demora no cumprimento, ou mesmo do não cumprimento, de muitas rogatórias que as nossas justiças dirigem às justiças estrangeiras está, em parte nas dificuldades postas ainda hoje por quasi todos os paizes, apesar dos votos em contrario dos internacionalistas modernos, à execução das rogatórias executórias, e *está principalmente na incúria dos proprios queixosos da transmissão official e na sua inobservância de preceitos, leis e usos dos tribunaes estrangeiros que lhes cumpre acatar e em que não pode substituir a sua intervenção directa* ⁵⁵. (grifamos)

O fato de a AC ter conhecimento profundo dos requisitos para a concessão do auxílio mútuo no Estado requerido colabora para a celeridade cooperacional. A base de conhecimento de ordenamentos jurídicos de

⁵⁴ PINTO, 1898, p. 9.

⁵⁵ PINTO, 1898, p. 19.

outros Estados⁵⁶ reduz o tempo gasto e aumenta a eficiência dos pleitos, otimizando todo o processo.

Não há a necessidade do uso da via diplomática, através do Ministério das Relações Exteriores. Isso porque as ACs comunicam-se de maneira direta, ou seja, possuem capacidade de interlocução direta com seus congêneres no exterior, sem a necessidade de intermédio de chancelaria alguma^{57 58}. Portanto, há diminuição do número de interlocutores que o pedido deve percorrer desde o seu envio até o seu retorno.

Com a atuação das referidas autoridades, inexistente a necessidade de legalização e autenticação de documentos e de tradução juramentada⁵⁹. O

⁵⁶ SOUZA, Caroline Yumi de. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Considerações Práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Vol.18, n. 71, p. 297-325, 2008, p. 311.

⁵⁷ ARAS, 2010, p. 76. Nesse sentido, clara a redação do art. 31 do NCPC prevê que “A autoridade central brasileira comunicar-se-á diretamente com suas congêneres e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas disposições específicas constantes de tratado.

⁵⁸ Já em sistemas cujo grau de interação dos países envolvidos é maior, como no caso da União Europeia (UE), ocorre a transmissão direta do pedido entre as autoridades judiciárias competentes para o formular e o executar, com a devolução por igual via (1). Entendemos, contudo, que, no caso brasileiro, a existência da autoridade central é benéfica, porquanto o nível de integração com os países cooperantes não é semelhante ao que ocorre dentro da UE. (1) SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação judiciária em material penal no seio da União Européia. In *Revista do Ministério Público*, nº 86, Ano 21, p. 99-106, 2001, p. 103.

⁵⁹ A título meramente exemplificativo, o art. 6 do Decr. 862/1993 (“Dispensa de Legalização. Para os fins do presente Tratado, os atos, cópias e traduções redigidos ou autenticados pela autoridade competente de cada Parte, que contenham a assinatura e o timbre ou o selo oficial, estarão isentos de qualquer forma de legalização para serem utilizados perante as autoridades da outra Parte”), art. XXI do Decr. 3.895/2001 (“Autenticação de Documentos e Certificados. Os documentos provenientes de uma das Partes que devam ser apresentados no território da outra e que tramitem por intermédio das Autoridades Centrais, não necessitam autenticação ou qualquer outra formalidade semelhante”) e art. 18 do Decr. 5.721/2006 (“Certificação e Autenticação. 1. Uma solicitação de assistência e a documentação que deverá acompanhá-la, bem como documentos ou outros materiais fornecidos em resposta a essa solicitação, não exigirão qualquer forma de certificação ou autenticação, salvo o previsto no parágrafo 2. 2. Excepcionalmente, a Parte Requerente poderá

selo diplomático é substituído pela chancela da AC⁶⁰ e, conseqüentemente, serão aceitos os documentos para fins legais. O requerente entenderá que os atos cooperacionais foram praticados em conformidade com as exigências legais do requerido, em decorrência de a AC entregá-los⁶¹.

3.2 PROTEÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE DADOS NO DIREITO NORTE-AMERICANO

3.2.1 IMPORTÂNCIA DO ESTUDO

Em um primeiro momento, até poderia parecer estranho tratar do tema à luz do direito americano. A discussão, afinal, paira no ordenamento jurídico brasileiro, centrando-se na declaração de constitucionalidade de leis tupiniquins. Entretanto, três são os motivos que impendem tratar a divulgação de dados de comunicação, também, sob uma vertente ianque.

solicitar que documentos, registros ou outros materiais referidos no pedido de assistência sejam transmitidos segundo a forma específica de certificação ou autenticação solicitada, a fim de adequá-los à sua legislação. O pedido será atendido desde que seja admitido pela lei da Parte Requerida”). Por outro lado, a jurisprudência do STJ também é firme neste sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NA CARTA ROGATÓRIA. EXEQUATUR. HIPÓTESES DE CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA NACIONAL OU À ORDEM PÚBLICA. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DA RESOLUÇÃO N. 9/2005/STJ. ALEGADA AUSÊNCIA DE AUTENTICIDADE DOS DOCUMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) II - A tramitação da comissão pela autoridade central brasileira assegura a autenticidade dos documentos e dispensa a tradução juramentada no Brasil.” STJ - AgRg na CR 6529, publicado em 26/10/2012; AGRAVO REGIMENTAL. CARTA ROGATÓRIA. OFENSA À ORDEM PÚBLICA E À SOBERANIA NACIONAL. INOCORRÊNCIA. (...) 2. A tradução juramentada dos documentos que compõem a comissão, assim como a chancela consular, são desnecessárias quando a tramitação ocorre via autoridade central. (...) STJ - AgRg na CR 1596, publicado em 26/02/2007.

⁶⁰ ARAS, 2010, p. 77.

⁶¹ O art. 41 do NCPC corrobora este entendimento, nos seguintes termos: “Considera-se autêntico o documento que instruir pedido de cooperação jurídica internacional, inclusive tradução para a língua portuguesa, quando encaminhado ao Estado brasileiro por meio de autoridade central ou por via diplomática, dispensando-se a juramentação, autenticação ou qualquer procedimento de legalização. Parágrafo único. O disposto no caput não impede, quando necessária, a aplicação pelo Estado brasileiro do princípio da reciprocidade de tratamento.”

Inicialmente, não podemos esquecer que grande parte dos provedores mundiais possuem sede nos Estados Unidos. Isso, sem dúvida, acaba por colocar tais companhias sob o manto jurisdicional americano. Não bastasse isso, recentemente, o espectro da jurisdição norte-americana sobre os dados de comunicação foi aumentado de forma drástica, em mais uma clara demonstração imperialista do Tio Sam. Com a promulgação do *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (mais conhecido por *Cloud Act*), no primeiro semestre do ano passado, os fornecedores de serviço de comunicação eletrônica ou de serviços de computação remota passaram a sujeitar-se à legislação ianque, independentemente de tal informação estar localizada dentro ou fora dos Estados Unidos⁶² ⁶³. A combinação destes dois fatores, inevitavelmente, culmina na multiplicação, de maneira exponencial, dos casos em que é necessário que o Governo brasileiro solicite auxílio judiciário ao Governo americano.

Por outro lado, a legislação norte-americana é crucial para o presente estudo pois uma das normas questionadas na ADC 51, o Decr. 3.810/2001, tem por base um tratado de cooperação jurídica internacional em matéria penal entre os Governos brasileiro e estadunidense. Entender as normas vigentes no direito interno do outro signatário ajuda, sem dúvida, a compreender limites que se colocam nos casos de assistência judiciária. Além disso, auxilia a iluminar os meandros nos quais se abrem

⁶² Neste sentido, o *Cloud Act* introduziu a seguinte redação ao 18 U.S. Code, § 2713 (Required preservation and disclosure of communications and records): “A provider of electronic communication service or remote computing service shall comply with the obligations of this chapter to preserve, backup, or disclose the contents of a wire or electronic communication and any record or other information pertaining to a customer or subscriber within such provider’s possession, custody, or control, regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside of the United States.”

⁶³ Poderia ser feita, aqui, por suposto, uma crítica ao imperialismo norte-americano, especialmente sob o prisma da jurisdição extraterritorial. Isto porque, conforme já tratado anteriormente, um Estado “A” não pode se rogar no direito de obter os dados de comunicação que estão armazenados em um Estado “B”. É necessário que se utilize da cooperação jurídica internacional para ter acesso aos dados, sob pena de ser ferida a soberania de “B”. Para uma visão da jurisdição extraterritorial norte-americana, ver: COLANGELO, Anthony J. What is extraterritorial jurisdiction? *Cornell Law Review*, Vol. 99:1303, p. 1303-1352, 2014.

exceções às próprias barreiras legais e que admitem, portanto, que o Estado brasileiro consiga os dados almejados.

Tendo em vista as razões explanadas, passaremos à análise das normas estadunidenses acerca da divulgação de dados de comunicações eletrônicas.

3.2.2 CLOUD ACT E AS ALTERAÇÕES NO STORED COMMUNICATIONS ACT

No início de 2018, foi promulgado pelo Governo estadunidense o *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (popularmente batizado como *Cloud Act*). Foram introduzidas, assim, substanciais modificações na legislação norte-americana que trata divulgação (voluntária ou obrigatória) de dados armazenados, comunicações eletrônicas e registros transnacionais por provedores provados de internet (*Stored Communications Act*, de 1986).

A referida norma foi introduzida no ordenamento jurídico americano tendo em vista, principalmente, a incapacidade de os Estados Unidos acessarem dados armazenados em outros países, em virtude de legislações estrangeiras⁶⁴. Justamente por isso, estabeleceram-se normas visando ao alargamento da jurisdicional. Passaram a estar sujeitos aos ditames legais da ex-colônia britânica, conforme já referido, provedores de serviço de comunicação eletrônica ou de serviços de computação remota, independentemente de tal informação estar localizada dentro ou fora dos Estados Unidos⁶⁵. Deste modo, dilataram-se as situações em que

⁶⁴ A lista completa de motivação para a promulgação do *Cloud Act* pode ser conferida na seção 2 da referida norma, disponível em <https://www.congress.gov/115/bills/hr4943/BILLS-115hr4943ih.pdf>. Acesso em 13/02/2019.

⁶⁵ Interessante notar que o mesmo movimento legislativo pode ser observado no direito europeu. Em 17 de abril de 2018, após um processo de preparação de dois anos, a Comissão Europeia apresentou duas propostas legislativas para melhorar a recolha transfronteiriça de provas eletrônicas: i) um regulamento relativo às ordens europeias de produção e conservação de provas eletrônicas em matéria penal (COM/2018/225 final - 2018/0108), e ii) uma diretiva que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal (COM/2018/226 final - 2018/0107). A semelhança com o *Cloud Act* encontra-se no fato de *as ordens permitirão às autoridades competentes de um Estado-Membro solicitar diretamente a um prestador de serviços estabelecido ou representado noutro*

o Governo americano pode exigir que dados de comunicação lhe sejam fornecidos (divulgação obrigatória).

Perceba-se que desta alteração decorrem duas consequências imediatas. A primeira é a (suposta) dispensabilidade de as autoridades norte-americanas socorrerem-se do auxílio de outra jurisdição caso a informação eletrônica esteja localizada fora de seu território. É claro que diante disso colocam-se fundadas dúvidas em relação aos princípios da territorialidade, da soberania e da igualdade entre Estados, porquanto tais normas não pode(ria)m ser afastadas por meio de uma regra estatal. Em segundo lugar, o (presumido) aumento da circunscrição jurisdicional pode fomentar que outras jurisdições solicitem auxílio americano, inclusive nos casos em que a prova não se encontra dentro área propriamente americana. Resultados esdrúxulos podem, então, despontar.⁶⁶

Embora a espinha dorsal do *Cloud Act* seja a divulgação compulsória às autoridades norte-americanas, focaremos na divulgação voluntária. O motivo é simples. A partir do momento em que o Estado brasileiro resolve não fazer uso dos mecanismos de cooperação jurídica internacional para obter uma prova sob jurisdição americana, por suposto que o seu pedido não será entregue à empresa pelo Governo americano. Exatamente por isso, a solicitação enviada ao provedor não gozará, à luz do direito americano, das mesmas prerrogativas que teria caso fosse entregue pelas mãos do Governo americano à corporação. Como corolário, tem-se que o requerimento enviado diretamente por uma autoridade brasileira a um provedor sob jurisdição norte-americana jamais estará sob o manto da divulgação obrigatória de dados. Impende, então, voltarmos nossos olhares ao outro tipo de divulgação: a voluntária.

Não obstante as mutações levadas a cabo pelo *Cloud Act*, a regra quanto à divulgação voluntária permanece a mesma: não revelação do

Estado-Membro o acesso ou conservação de dados electrónicos necessário para a investigação e repressão de crimes abrangidos pelo regulamento.

⁶⁶ Assim, por exemplo, caso um Estado “A” não consiga ter acesso aos dados de comunicação localizados em um Estado “B”, pode recorrer aos Estados Unidos. Estes, com base no *Cloud Act*, se encarregariam de atender ao pedido de “A” sem o uso de cooperação jurídica internacional com “B”. Tal conjuntura fomenta, desse modo, que manobras aos ditames do direito internacional sejam feitas por terceiros Estados (como “A”).

conteúdo das comunicações eletrônicas pelas operadoras⁶⁷. As exceções à regra, entretanto, não subsistem intactas. Foi acrescida mais uma nona hipótese aos casos em que é facultado a uma companhia divulgar dados eletrônicos.

Nos dias que correm, destarte, admite-se que um provedor divulgue voluntariamente o conteúdo de uma comunicação apenas em nove situações⁶⁸. São elas: *i*) ao destinatário ou ao suposto destinatário ou aos seus respectivos representantes legais; *ii*) mediante um mandado ou ordem judicial em conformidade com os ditames legais americanos elencados nas seções 2517, 2511 (2) (a), ou 2703; *iii*) com o expreso consentimento legal do emitente, do destinatário ou ao suposto destinatário ou, ainda, do assinante, nos casos de serviço de computação remota; *iv*) a uma pessoa empregada ou autorizada ou cujas instalações são utilizadas para encaminhar tal comunicação ao seu destino; *v*) caso a entrega seja necessária à prestação do serviço ou à proteção dos direitos ou propriedade do provedor desse serviço; *vi*) ao Centro Nacional para Crianças Desaparecidas e Exploradas, em conexão com um relatório submetido sob a seção 2258A; *vii*) a órgão de aplicação da lei caso o conteúdo

⁶⁷ O § 2702 do U.S. Code, que trata da divulgação voluntária das comunicações ou registros de cliente, é claro: “(a) Prohibitions.—Except as provided in subsection (b) or (c): (1) a person or entity providing an electronic communication service to the public shall not knowingly divulge to any person or entity the contents of a communication while in electronic storage by that service; and (2) a person or entity providing remote computing service to the public shall not knowingly divulge to any person or entity the contents of any communication which is carried or maintained on that service— (A) on behalf of, and received by means of electronic transmission from (or created by means of computer processing of communications received by means of electronic transmission from), a subscriber or customer of such service; (B) solely for the purpose of providing storage or computer processing services to such subscriber or customer, if the provider is not authorized to access the contents of any such communications for purposes of providing any services other than storage or computer processing; and (3) a provider of remote computing service or electronic communication service to the public shall not knowingly divulge a record or other information pertaining to a subscriber to or customer of such service (not including the contents of communications covered by paragraph (1) or (2)) to any governmental entity.”

⁶⁸ U.S. Code § 2702. Voluntary disclosure of customer communications or records, (b) Exceptions for disclosure of communications. A provider described in subsection (a) may divulge the contents of a communication.

tenha sido inadvertidamente obtido pelo prestador de serviços e pareça pertencer à prática de um crime; *viii*) para uma entidade governamental, se o provedor, de boa fé, acreditar que uma emergência que envolva perigo de morte ou lesão física grave a qualquer pessoa exija a divulgação sem demora das comunicações relacionadas à emergência; *ix*) para um governo estrangeiro, desde que o pedido esteja em conformidade com a legislação estrangeira e tenha sido formulado em virtude de um acordo executivo sobre acesso a dados por governos estrangeiros.

Importa atentar, assim, que foi somente com o *Cloud Act* que se abriu a possibilidade de que dados de comunicação sejam desvelados voluntariamente a Governos estrangeiros. Mais. Para que eles sejam propalados é necessário o preenchimento de duplo requisito: conformidade da solicitação com as leis do país solicitante e existência de acordo executivo sobre acesso a dados entre EUA e o Estado solicitante.

4. PONDERAÇÕES CRÍTICAS

Como restou demonstrado até o presente momento, inexistente jurisdição brasileira sobre os dados de comunicação privada, tendo em vista que eles se encontram sob controle de provedores não sujeitos à lei brasileira, bem como não se localizam em território brasileiro. Ademais, não há, no direito norte-americano, hipótese que autorize autoridades brasileiras a efetuarem a requisição das informações diretamente ao provedor. Tais constatações nos levam, inevitavelmente, a inferir que, caso o Governo brasileiro objetive ter acesso aos diálogos armazenados em território americano e sob custódia de empresa americana, deve socorrer-se ao auxílio do Governo norte-americano. Caso não o faça, estará pondo em xeque princípios de direito internacional e que foram reconhecidos, também, a nível constitucional. Fala-se, em especial, do respeito à soberania alheia.

O conceito de soberania tem atraído atenção dos teóricos do Estado desde o século XVI, sendo um dos assuntos mais debatidos no universo jurídico. Após um preciso bosquejo histórico, Dalmo de Abreu Dallari expõe que tradicionalmente a expressão é concebida de duas maneiras distintas:

(...) como sinônimo de *independência*, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia da norma jurídica.⁶⁹

É claro que ideia de poder absoluto e ilimitado tem, todavia, sofrido restrições desde o início do século passado⁷⁰. Nesse sentido, respeitáveis doutrinadores apontam limites no plano nacional (o Estado constitucional de direito) e no plano internacional (o *ius cogens*)⁷¹, aduzindo que a soberania, na sua acepção moderna, abrange também uma responsabilidade de proteção dos direitos humanos⁷². Assim sendo, os Estados são príncipes soberanos e independentes dentro do seu próprio território (resguardados os limites acima expostos). Possuem, portanto, o direito de exercer a jurisdição dentro desse espaço, excluindo, em consequência, as demais jurisdições estatais. Todos os Estados são juridicamente iguais no plano internacional, gozando plenamente da soberania, e devendo respeito à personalidade, à integridade territorial e à independência política dos demais⁷³.

⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

⁷⁰ Neste sentido, ainda na primeira metade do século passado, Kelsen aduzia que “*Die Souveränitätsvorstellung freilich muss radikal verdrängt werden*”. KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zur einreinen Rechtslehre*. Tübingen: J.B.C. Mohr, 1928, p. 320.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. 2ª Ed. COCCIOLI, Carlo; LAURIA FILHO, Márcio (Trad.); JANINI, Karina (Rev. Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41.

⁷² MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4ª Ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 394.

⁷³ Nesse sentido, a Resolução 2625 da Organização das Nações Unidas, de 24 de outubro de 1970. “*The principle of sovereign equality of states. All States enjoy sovereign equality. They have equal rights and duties and are equal members of the international community, notwithstanding differences of a economic, social, political or other nature. In particular, sovereign equality includes following elements: a) States are juridically equal; b) Each State enjoys the rights inherent in full sovereignty; c) Each State has the duty to respect the*

Nesta esteira, a República Federativa do Brasil, além de ter como fundamento a soberania (art. 1º, I da CRFB), é regida, em suas relações internacionais, por princípios que se relacionam com o respeito à soberania dos demais Estados. Entre eles, destacam-se, especialmente: autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados (art. 4º, III, IV, V da CRFB).

Precisamente por isso, não nos parece possível aceitar que as autoridades brasileiras, de alguma maneira, concretizem a pretensão de exercer poder jurisdicional sobre coisas e pessoas submetidas a outra jurisdição (no caso a americana). Admitir isso é permitir, em verdade, uma ingerência em território alheio, na medida em que, como adverte Pedro Caetano, “o Estado territorial tem uma contra-pretensão legítima de proteção ao exercício de direitos no espaço sob a sua jurisdição, livre de coação por parte de outras entidades.”⁷⁴ E, em decorrência, tende a se instaurar uma forte tensão entre o acesso não mediado e o conceito territorial de jurisdição⁷⁵.

Por outro lado, preterir o acordo de auxílio firmado entre os Governos brasileiro e americano, adotando outras práticas (policiais e judiciais) para obter acesso, fora dos canais de cooperação, a dados controlados por empresas privadas sob jurisdição estrangeira, é, na verdade, descumprir o acordo e incitar desconfianças jurídicas. Não podemos esquecer que o acesso a dados estrangeiros fora dos procedimentos estabelecidos no MLAT existente – no caso entre Brasil e Estados Unidos-, apenas aumenta a insegurança jurídica e a desconfiança nas relações entre as autoridades e do setor privado, assim como o público em geral.⁷⁶

personality of Other States; d) The territorial integrity and political independence of the State are inviolable; e) Each State has the rights freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems; f) Each State has the duty to comply fully and good faith with its international obligations and live in peace with other States.”

⁷⁴ CAEIRO, 2010, p. 356.

⁷⁵ CARRERA, Sergio; GONZÁLEZ FUSTER, Gloria; GUILD, Elspeth; MITSILEGAS, Valsamis. *Access to Electronic Data by Third-Country Law Enforcement Authorities Challenges to EU Rule of Law and Fundamental Rights*. Brussels: Centre for European Policy Studies (CEPS), 2015, p.i.

⁷⁶ CARRERA; GONZÁLEZ FUSTER; GUILD; MITSILEGAS, 2015, p.ii.

Neste sentido, não nos parece plausível admitir que os procedimentos estipulados no próprio tratado não sejam seguidos, a ponto de admitir a comunicação direta entre autoridades brasileiras e empresas sob jurisdição estrangeira a fim de angariar dados de comunicação. Embora assista razão à parte da jurisprudência ao afirmar que a “desburocratização da colheita da prova”⁷⁷ é uma das finalidades fundamentais deste tipo de acordo, não nos parece que isso represente um autorizador para o trâmite previsto no MLAT seja desobedecido.

Este raciocínio parte de uma premissa que, ao nosso sentir, não se sustenta. O fato de existirem tratados de cooperação jurídica internacional que desburocratizam os trâmites não implica (e nem pode implicar) que os procedimentos desenhados nos próprios acordos possam ser inobservados, tanto sob uma ótica de direito internacional quando nacional.

Partindo de uma perspectiva do direito internacional, diferentes são as razões que corroem este entendimento. A uma, pois constitui violação de obrigação estipulada em acordo internacional entre os Brasil e Estados Unidos. A duas, porque representa um desrespeito à soberania alheia. Lembremos, como já foi anteriormente trabalhado, que contratos como o MLAT surgem, antes de mais nada, para que os Estados tenham acesso a elementos que se encontram sob outra jurisdição sem macular a soberania de *outrem*. Precisamente por isso, quem atua na jurisdição do Requerido é ele próprio, e não o Requerente. A três, porquanto as normas e os atos de direito nacional possuem sua validade nas normas de direito internacional⁷⁸. O direito dos povos (direito internacional) constitui obrigação acima dos Estados ou de seus ordenamentos jurídicos⁷⁹. Assim, o ordenamento jurídico nacional (no plano interno e no plano externo) precisa estar em consonância com o disposto no ordenamento jurídico internacional.

Já sob um olhar do direito interno, os problemas colocam-se, em especial, numa vertente constitucional, que acaba, inevitavelmente, desembocando no processo penal. Admitir provas oriundas de outra

⁷⁷ MS 33.751, Relator: Edson Fachin, Primeira Turma do STF, DJe de 31.03.2016.

⁷⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura del derecho: introduccion a la ciencia del derecho*. 9ª Ed. NILVE, Moisés (Trad.). Buenos Aires: Eudeba, 1970, p. 218.

⁷⁹ KELSEN, 1928, p. 144.

jurisdição sem que tenham passado por filtros garantidores de um mínimo de credibilidade – como a autoridade central, por exemplo-, é abrir as portas para futuros problemas de admissibilidade e valoração probatória em processo penal.

Neste sentido, importa lembrar que a Carta Magna é a ordem geral objetiva do complexo das relações da vida⁸⁰, visto que um Estado de Direito tem como pressuposto “a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – como *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos”⁸¹. Desse modo, toda a autoridade dentro de um Estado democrático e de direito -como o brasileiro- encontra seu fundamento na lei suprema e fundamental (Constituição). É também, a “(...) única e superior vertente de validade de todas as normas, as quais somente têm existência plena se compatíveis e conformes ela”⁸². Em outros termos, a Constituição atua como um filtro ou medida de todas as normas, atos e comportamentos. Tudo que emana da autoridade pública precisa estar em harmonia (formal e material) com a pedra fundamental do sistema⁸³. Acima dos caprichos e das facilidades sugeridas pelo momento, os partícipes da vida constitucional estão obrigados a observarem a Constituição⁸⁴. Qualquer ato ou comportamento que inobserve garantias constitucionais deve ser eliminado do ordenamento jurídico. Tanto é assim que a violação de princípio constitucional, gera, no processo penal, nulidade absoluta⁸⁵ (impotência de o ato produzir efeitos jurídicos⁸⁶), vez

⁸⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. MENDES, Gilmar (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

⁸¹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª Ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 360

⁸² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 98. Em sentido similar, SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46; KELSEN, 1970. p. 143.

⁸³ CANOTILHO, 1993, p. 360

⁸⁴ HESSE, 1991, p. 22.

⁸⁵ LOPES JUNIOR, LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 439.

⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Vol. III. MELENDO, Santis (Trad.). Buenos Aires: Bosch, 1950, p.157.

que a obediência às regras do devido processo é requisito essencial para a correta prestação jurisdicional⁸⁷.

Ocorre que, a partir do momento em que o Estado brasileiro inobserva os mecanismos de cooperação jurídica internacional para angariar provas sob outra jurisdição, acaba por violar normas insculpidas na sua própria Constituição. Há uma clara afronta aos já referidos princípios da soberania (art. 1º da CRFB), da autodeterminação dos povos, da não-intervenção, igualdade entre os Estados (art. 4º, III, IV, V da CRFB). Note-se que tal movimentação estatal, por trilhar caminhos à revelia das raias constitucionais, compromete não só atuação das autoridades, como também os frutos por ela gerados (dados de comunicação privada obtidos). Por suposto que seu uso dentro do processo penal é altamente questionável, vez que princípios diretamente relacionados com a ordem pública foram violados (pelo próprio Estado). Nesta linha, outra alternativa não resta, senão a aplicação, direta e imediata, da sanção prevista no inciso LVI do art. 5º da CRFB: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Igualmente, a proibição de valoração intrínseca a esta genuína proibição de prova encontra alicerce no art. 157 do Código de Processo Penal, consoante o qual “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*” (grifamos).

Portanto, a colheita de prova fora das balizas estipuladas no MLAT gera mais tumulto processual em virtude das afrontas à Constituição e das consequentes impossibilidades de uso e valoração, afastando-se, por ricochete, do preceito constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CRFB). Ademais, não se pode esquecer que a celeridade e a economia processual não podem sobrepor-se à triagem imposta constitucionalmente⁸⁸. Até porque, sendo contestada a sua constitucionalidade, nem a agilidade, nem a economia serão reais.

Tendo em vista o cenário descrito, um acesso não mediado aos dados que se encontram sob jurisdição alheia não nos parece, por regra,

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

⁸⁸ ARAÚJO, Nádia de; SPITZ, Lidia. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça - Comentários à Res. n. 9 do STJ*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 97.

o caminho mais viável. Do contrário, corre-se sérios riscos de infringir normas de direito internacional extracontratuais (soberania) e contratuais (MLAT), assim como de direito constitucional (privacidade e proteção da dados, devido processo legal, duração razoável do processo).

5. PROPOSTAS

Diante das limitações à obtenção de dados de comunicação que se encontram sob outra jurisdição, pensamos que três caminhos se abrem. O primeiro, em verdade, já está aberto, bastando ser lapidado. Os outros dois, ao contrário, para existirem, precisam ser construídos.

A primeira forma de solucionar o impasse, ao que nos parece, seria aplicar o já existente MLAT entre os Governos brasileiro e norte-americano (Decr. 3.810/2001). Assim, bastaria que as autoridades brasileiras acionassem os dispositivos do acordo de cooperação jurídica internacional para acessar os dados de comunicação privada que se encontram sob jurisdição estadunidense. É claro que isto não exclui o possível aperfeiçoamento do tratado, adequando-o às particularidades inerentes aos dados eletronicamente colhidos.

O Governo brasileiro também poderia direcionar esforços para firmar um acordo executivo sobre o acesso a dados de comunicação eletrônica com o Governo ianque. Frente ao quadro legislativo desenhado pelos americanos, caso o Governo brasileiro tenha interesse de obter o conteúdo de comunicações armazenadas em provedores sob jurisdição americana, abriu-se um caminho mais célere: a celebração de tratado sobre o acesso a tais dados⁸⁹. Uma vez firmado o referido trato entre os

⁸⁹ No mesmo sentido que propomos aqui, a Comissão Europeia manifestou-se, em 5 de fevereiro do corrente ano: “The U.S has recently adopted a law – the U.S CLOUD ACT (23.03.2018)- which provides for a legal basis for the United States government to conclude agreements with foreign governments on access to data held by United States service providers and vice-versa. The Commission believes that an EU-US Agreement with the e-evidence proposals as the baseline could help settle any conflicting obligations for service providers and would allow them to deliver content data directly to law enforcement and judicial authorities in the EU or the United States, as the case may be.” Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-19-863_en.htm. Acesso em 20/03/2019.

dois países, uma requisição que preencha as exigências impostas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro já é suficiente para ter acesso legal aos dados. Evitar-se-iam eventuais problemas com terceiros (soberania norte-americana), assim como mitigaria possíveis problemas com o uso e a valoração dos dados fornecidos pelas companhias.

Plausível também não perder de vista um eventual acordo a nível regional/mundial sobre o acesso a dados de comunicação. À semelhança do que ocorreu com outros temas, em que diversos Estados debateram soluções em conjunto (crime organizado transnacional e Convenção de Palermo, tráfico ilícito de entorpecente, lavagem de dinheiro e Convenção de Viena, ...), talvez seja interessante dialogar sobre o assunto a nível regional/mundial. O acesso aos dados de comunicação eletrônica tem sido um tema atual e relevante não só para os países, como também para os próprios indivíduos. Especialmente na chamada “Era digital”.

Traçar, em conjunto com outros países, diretrizes a nível internacional poderia ser uma forma de trazer mais segurança jurídica aos Estados e a seus cidadãos. Criar, por exemplo, um instrumento de cooperação jurídica internacional direcionado especificamente para este tipo de demanda seria interessante. Por outro lado, talvez pudessem ser revistos os próprios fundamentos e limites da jurisdição estatal nos novos espaços virtuais... Interessante notar que, ainda que em um primeiro momento se pudesse pensar que esta última sugestão estivesse dentro de um espectro de uma imprevisibilidade previsível, como os cisnes negros de Nassim Taleb, já há movimentações reais neste sentido.

Embora o esforço nesta linha encontre-se em um nível regional (União Europeia) e ainda não tenha sido efetivamente aprovado, acreditamos ser válido trazê-lo como arquétipo. A Comissão Europeia apresentou, em 17 abril do ano passado, duas propostas legislativas para melhorar a recolha transfronteiriça de provas eletrônicas: *i*) um regulamento relativo às ordens europeias de produção e conservação de provas eletrônicas em matéria penal⁹⁰ e *ii*) uma diretiva que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal⁹¹. O revolucionário destas propostas é

⁹⁰ COM/2018/225 final - 2018/0108.

⁹¹ COM/2018/226 final - 2018/0107.

justamente permitir que as autoridades competentes de um Estado-Membro solicitem diretamente a um prestador de serviços estabelecido ou representado noutro Estado-Membro o acesso ou conservação de dados electrónicos necessário para a investigação e repressão de crimes abrangidos pelo regulamento. Possuem, assim, uma lógica contrária à anterior cooperação jurídica internacional em matéria penal, bem como oposta aos instrumentos existentes de reconhecimento mútuo⁹². Por outro lado, a diretiva traz a exigência de que os prestadores de serviços designem pelo menos um representante legal na União Europeia. Ambas abrangem os prestadores de serviços que operam num ou mais Estados-Membros, independentemente da localização da sede ou da informação armazenada, semelhante ao trazido pelo *Cloud Act*. Buscam, em suma, trazer clareza, segurança jurídica e celeridade ao processo de obtenção de provas eletrônicas.

Ademais, não se pode esquecer de que o regulamento proposto prevê salvaguardas dos direitos fundamentais e regras para soluções. Dispõe, igualmente, a possibilidade de o prestador de serviços solicitar uma revisão da encomenda recebida, por motivos definidos, tais como questões técnicas ou no caso de ordens que sejam manifestamente abusivas ou que violem a Carta dos Direitos Fundamentais. Embora possua este cariz protetivo dos direitos individuais, não está imune a críticas. Gialuz e Della Torre, por exemplo, ao analisarem o assunto, afirmam que a Comissão esta(ria) instaurando um regime desbalanceado em favor das exigências repressivas ao invés da tutela de direitos fundamentais⁹³.

⁹² BRODOWSKI, Dominik. Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 11/2018, p. 493-512, 2018, p. 502.

⁹³ GIALUZ, Mitja; DELLA TORRE, Jacopo. Lotta alla criminalità nel cyberspazio: La commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali. In *Diritto Penale Contemporaneo*. 5/2018, p. 291-294. Também neste seste sentido, a Câmara dos advogados da Alemanha (Bundesrechtsanwaltskammer) elaborou um parecer crítico sobre as propostas, contendo, especialmente, as seguintes críticas: a) Ausência de revisão judicial ou pelo menos oficial no Estado de execução; b) Nenhuma revisão e opções de recurso eficazes tendo em vista a inexistência de revisão relevante em termos de direitos fundamentais pelo provedor de serviços, assim como a limitação do direito de recurso da pessoa em causa; c) Proteção insuficiente de dados privilegiados; d) Amplitude nos campos de

Por suposto, não se pode perder de vista as peculiaridades do direito europeu e querer, de imediato, uma implementação a nível mundial nestes moldes. Temos que pensar que foram longos anos de integração e cooperação, até que surgisse o reconhecimento mútuo. Mais. Que até hoje existem significativas divergências entre os sistemas jurídicos integrantes da União Europeia e que sempre trazem a baila problemas elementares. Mas isso não significa que os Estados, em um nível mundial, não possam sentar e discutir o assunto. Ao que nos parece, a primeira luz sobre o assunto foi acesa...

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No percurso realizado, foi possível constatar que o espectro jurisdicional sobre os dados de comunicação privada eletrônicos está intimamente ligado com a nacionalidade do provedor de aplicação de internet. A determinação da naturalidade destas pessoas jurídicas, assim, acaba por desempenhar um papel primordial para saber se tais dados estão ou não dentro da esfera de jurisdição de determinado ente. Caso se encontrem fora desta circunscrição e haja interesse desta entidade estatal sobre eles, será necessário ativar os mecanismos de cooperação jurídica internacional, sob pena de ferir a soberania alheia.

Restou demonstrado, ao longo do trajeto, que o ordenamento jurídico brasileiro considera como nacionais as sociedades que, cumulativamente, possuem sede em território brasileiro e estejam organizadas conforme as leis brasileiras. O não preenchimento deste duplo requisito faz com que elas sejam reconhecidas como estrangeiras e, consequentemente, guardem relação de subordinação com o Estado no qual foram

aplicação, admitindo maior alcance especial e utilização não só para os crimes graves; e) Nenhuma diretriz limitadora dos dados solicitados; f) *Desrespeito da lei de países terceiros*. Bundesrechtsanwaltskammer, *Zum Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (COM[2018] 225 final vom 17. April 2018)*, Disponível em <<https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2018/september/stellungnahme-der-brak-2018-28.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2019. Outras críticas também podem ser conferidas em BRODOWSKI, 2018, p. 504.

constituídas (art. 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). De igual modo, mesmo que esta empresa estrangeira venha a se instalar por meio de filial, agência ou estabelecimento, estará sujeita à lei brasileira apenas no que tange a seu funcionamento *aqui*. Fixa-se, então, apenas a competência da lei domiciliar, não havendo qualquer nacionalização da pessoa jurídica estrangeira. A constituição de uma filial aqui no Brasil faz com que apenas esta filial, que possui personalidade jurídica própria e distinta da sua matriz, esteja sob o véu da legislação brasileira. Não tem, de maneira alguma, o condão de arrastar para o manto legal nacional a matriz sob o aspecto da competência pessoal.

Da mesma sorte, não pode ser evocada qualquer competência territorial sobre os dados. Como é sabido, tendo em vista o paradigma Estado soberano/território/*ius puniedi*, o Estado pode dirigir livremente as suas prescrições a quem se encontra em seu território. No caso em comento, a sede localiza-se em outro território: o americano.

E aqui centra-se o busílis da ADC 51. Tendo em vista que os dados se encontram sob guarda da matriz, que continua sendo estrangeira e se encontra no estrangeiro, inexistente jurisdição brasileira sobre eles tanto sob o aspecto da competência pessoal como da territorial.

Ademais, não há, no direito norte-americano, hipótese que autorize autoridades brasileiras a efetuarem a requisição das informações diretamente ao provedor. Tais constatações nos levam, inevitavelmente, a inferir que, caso o Governo brasileiro objetive ter acesso aos diálogos armazenados em território americano e sob custódia de empresa americana, deve socorrer-se do auxílio do Governo norte-americano. Caso não o faça, estará pondo em xeque princípios como a soberania alheia e o da não-ingerência.

Por outro lado, preterir o acordo de auxílio firmado entre os Governos brasileiro e americano, adotando outras práticas (policiais e judiciais) para obter acesso, fora dos canais de cooperação, a dados controlados por empresas privadas sob jurisdição estrangeira, é, na verdade, descumprir o acordo e incitar desconfianças jurídicas. Não podemos esquecer que o acesso a dados estrangeiros fora dos procedimentos estabelecidos no MLAT existente – no caso entre Brasil e Estados Unidos-, apenas aumenta a insegurança jurídica e a desconfiança nas relações entre as autoridades e do setor privado, assim como o público em geral.

Também abre as portas a futuros problemas de admissibilidade e valoração probatória em futuro processo penal, uma vez que estes dados oriundos de outra jurisdição, além de não terem passado por filtros que lhe garantam um mínimo de credibilidade (como a autoridade central), foram obtidos à revelia de princípios constitucionais.

Diante deste contexto, nos parecem plausíveis três rotas distintas. A primeira é seguir o disposto no já existente MLAT entre Brasil e Estados Unidos sempre que a empresa que controla os dados de comunicação for americana. Já em um segundo momento, o Governo brasileiro também poderia direcionar esforços para firmar um acordo executivo sobre o acesso a dados de comunicação eletrônica com o Governo ianque, e, com base nele e no *Cloud Act*, ter acesso direto aos dados sob jurisdição americana. Por fim, quem sabe procurar traçar, em conjunto com outros Estado, diretrizes que tragam mais segurança jurídica no deslinde do tema. Em um primeiro momento, poderia, por exemplo, ser criado na arena global um instrumento de cooperação jurídica internacional direcionado especificamente para as demandas que envolvam dados de comunicação eletrônica. Numa segunda etapa, quem sabe, talvez pudessem ser revistos os próprios fundamentos e limites da jurisdição estatal nos novos espaços virtuais... embora possa soar estranho, já há movimentações neste sentido, como a que vem ocorrendo na União Europeia.

Seja como for, o que não nos afigura viável diante do problema é cairmos na tentação de Giovanni Drogo, dormindo inocentemente diante dos novos problemas, sem tempo de voltar...⁹⁴

REFERÊNCIAS

ALCAIDE, Sandra Elisabete Milheirão. Cooperação judiciária clássica vs. a convenção de auxílio judiciário mútuo em matéria penal de 29 de Maio de 2000. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, A. 31, n. 124, p. 89-113, 2010.

⁹⁴ “A um certo momento batem às nossas costas um pesado portão, fecham-no numa velocidade fulminante e não há tempo de voltar. Mas Giovanni Drogo, naquele momento, dormia inocente e sorria no sono, como fazem as crianças.” BUZZATI, Dino. *O deserto dos tártaros*. BERNARDINI, Aurora Fornoni; ANDRADE, Homero Freitas de (Trad.) Rio de Janeiro: Editora Rio Gráfica, 1986, p. 52.

AMBOS, Kai; POSCHADEL, Annika Maleen. Begriff der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. In: AMBOS, Kai; KÖNIG, Stefan; RACKOW, Peter (Hrsg.). *Rechtshilferecht in Strafsachen*. Baden-Baden: Nomos, 2015.

AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

ARAS, Vladimir. O Papel da Autoridade Central nos Acordos de Cooperação Penal Internacional. In BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

ARAÚJO, Nádia de; SPITZ, Lidia. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça* - Comentários à Res. n. 9 do STJ. Rio de Janeiro: Renovar, 2010,

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Cooperação Internacional na Luta contra o Crime. Transferência de condenados. Execução de Sentença Penal Estrangeira. Novo Conceito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 10, p. 105-115, 1995.

AZPARREN, Agustín Lucas; GUTIERREZ, Ángeles Zarza; MOTA, José Luis Lopes da. *El espacio judicial europeo: cooperación judicial civil y penal: código de normas*. Madrid: Editorial Colex, 2004.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Direito Internacional Público*. Vol II. Coimbra: Almedina, 2004.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2ª Ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2009.

BRODOWSKI, Dominik. Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. p. 493-512. 11/2018.

Bundesrechtsanwaltskammer, *Zum Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen (COM[2018] 225 final vom 17. April 2018*. Disponível em <<https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2018/september/stellungnahme-der-brak-2018-28.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

BUZZATI, Dino. *O deserto dos tártaros*. BERNARDINI, Aurora Fornoni; ANDRADE, Homero Freitas de (Trad). Rio de Janeiro: Editora Rio Gráfica, 1986.

CAEIRO, Pedro. Claros e escuros de um auto-retrato: breve anotação à jurisprudência dos tribunais penais internacionais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação. *Direito Penal Económico e Europeu: doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CAEIRO, Pedro. *Fundamentos, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª Ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Vol. III. MELENDO, Santis (Trad.). Buenos Aires: Bosch, 1950.

CARRERA, Sergio; GONZÁLEZ FUSTER, Gloria; GUILD, Elspeth; MITSILEGAS, Valsamis. *Access to Electronic Data by Third-Country Law Enforcement Authorities Challenges to EU Rule of Law and Fundamental Rights*. Brussels: Centre for European Policy Studies (CEPS), 2015.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa (artigos 1.052 a 1.195), volume 13. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford, 2003.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5ª ed. aum. e atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COLANGELO, Anthony J.. What is extraterritorial jurisdiction? *Cornell Law Review*, Vol. 99:1303, p. 1303-1352, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. 2ª Ed. Coimbra: Almedina.

DECAUX, Emmanuel. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 11ª ed. adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 5ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. 2ª Ed. COCCIOLI, Carlo; LAURIA FILHO, Márcio (Trad.); JANNINI, Karina (Rev. Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIGUEIREDO, José Miguel. A extradição activa na Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. In: CAEIRO, Pedro (Coord.). *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015.

GIALUZ, Mitja; DELLA TORRE, Jacopo. Lotta alla criminalità nel cyberspazio:La commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali. *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 277-294, 5/2018.

GLESS, Sabine. *Internationales Strafrecht*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-critica*. Coimbra: Almedina, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. MENDES, Gilmar (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zur einreinen Rechtslehre*. Tübingen: J.B.C. Mohr, 1928.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. 9ª Ed. NILVE, Moisés (Trad.). Buenos Aires: Eudeba, 1970

LOPES JUNIOR, LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MACHADO, Jónatas E.M.. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4ª Ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

MARTINS, Teresa Alves. Um guia de auxílio judiciário mútuo em material penal. *Revista do Ministério Público*. Lisboa. A. 32, n. 128, p. 321-355, out/dez 2011.

MEYER, Frank. Grundstrukturen der Rechtshilfe in strafsachen: Besonderheiten Schweiz. In: AMBOS, Kai; KÖNIG, Stefan; RACKOW, Peter (Hrsg.). *Rechtshilfe recht in Strafsachen..* Baden-Baden: Nomos, 2015.

MORO, Sergio Fernando. Cooperação Jurídica Internacional em Casos Criminais: Considerações Gerais. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. (Org.). *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

NEVES, A. Castanheira. *Sumário de processo criminal*. Coimbra: Dactilografado por João Abrantes, 1968.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2002.

PINTO, Lambertini. *Cartas Rogatórias: Estudo crítico e elucidário pratico para a execução das rogatórias portuguesas no Brazil, Hespanha, França e Inglaterra*. Lisboa: Typographia e Stereotypia Moderna, 1898.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

RODAS, João Grandino. *Sociedade comercial e Estado*. Prefácio Fábio Konder Comparato. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal? *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ROUX, Jean-André. L'Entr'aide des États dans la lutte contre la criminalité. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Paris, Tome 36, 1931.

SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit International public*. Bruylant: Bruxelles, 2001.

SCHUSTER, Frank Peter. *Verwertbarkeit im Ausland gewonner Beweise im deutschen Strafprozess*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação judiciária em material penal no seio da União Européia. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 86, Ano 21, p. 99-106, 2001.

SOARES, Boni de Moraes. Um réquiem ao velho juízo de delibação: cognição no direito processual internacional brasileiro. In: RAMOS, André de carvalho; MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

SOUZA, Caroline Yumi de. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: Considerações Práticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Vol.18, n. 71, p. 297-325, 2008.

TOFFOLI, José Antônio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2009.

TRAVERS, Maurice. Les effets internationaux des jugements répressifs. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*. Paris, Tome 4, 1924.

TUMA JÚNIOR, Romeu. Autoridade central e o seu papel na cooperação jurídica internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2ª Ed. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; COINCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferrres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZIMMERMANN, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 2. Éd. Bruxelles: Bruylant, 2004.

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: 06/04/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/04/2019
- Avaliação 1: 16/04/2019
- Avaliação 2: 24/04/2019
- Avaliação 3: 26/04/2019
- Avaliação 4: 30/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 14/05/2019
- Retorno rodada de correções: 22/05/2019
- Decisão editorial final: 28/05/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GONZATTI DA SILVA, Ana Paula. Dados de comunicação privada eletrônica, jurisdição e cooperação jurídica internacional: Brasil e Estados Unidos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 659-702, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.238>



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

Cooperação jurídica internacional na Operação “Lava Jato”: análise crítica a partir da diversidade entre os sistemas jurídicos nacionais

*International legal cooperation in “Lava Jato” Case:
a critical analysis based on the diversity of national legal systems*

Fábio Ramazzini Bechara¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP

fabio.bechara@mackenzie.br

 <http://lattes.cnpq.br/6852406985950434>

 <https://orcid.org/0000-0001-9680-537X>

Gianpaolo Poggio Smanio²

Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP

gianpaolosmanio@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9297681530922931>

 <https://orcid.org/0000-0002-5835-4392>

-
- ¹ Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo (2010). Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Pesquisador Visitante do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (2016). Woodrow Wilson Center Global Fellow/Washington (2017-2019). Formação Complementar pela Escola Diplomática de Madri/Espanha (2005). Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação de Mestrado/Doutorado em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Programa de Pós-Graduação Humanidades, Direitos e outras Legitimidades da Universidade de São Paulo. Membro do GACINT - Grupo de Análise de Conjuntura Internacional da Universidade de São Paulo. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor do Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para o Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - Ministério da Justiça, desde 2010. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo desde 1996. É Secretário Executivo da Procuradoria-Geral de Justiça.
 - ² Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor colaborador na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Coordenador Adjunto da Comissão Solidariedade e Integração Regional e Membro da Comissão APCN da Área do Direito da CAPES. Tem experiência na área de Direito Penal, com ênfase em nos seguintes temas: Direito Penal Econômico, Responsabilidade Penal, Juizado Especial Criminal e Interesses Difusos.

RESUMO: O objetivo do artigo é analisar, a partir dos dados relativos aos casos de cooperação internacional na operação “Lava Jato”, qual ou quais as possíveis variáveis que teriam influenciado a postura mais proativa dos países na execução das solicitações de auxílio, apesar da diversidade entre os sistemas jurídicos. A hipótese é que o processo de internacionalização dos direitos humanos no sentido normativo, e das respectivas agendas temáticas, como lavagem de dinheiro, corrupção, crime organizado, dentre outros, incentivou a adoção de um padrão normativo que harmoniza o processo de interlocução e entendimento entre diferentes países.

PALAVRAS-CHAVE: Operação “Lava Jato”; Cooperação jurídica internacional; Padrão normativo universal; Diversidade entre sistemas jurídicos.

ABSTRACT: *This article is focused on analyzing, from the data on international cooperation cases in the “Lava Jato” operation, which variable (s) would have influenced the more proactive position of the countries in the implementation of aid applications, despite the diversity between the legal systems. The hypothesis is that the process of internationalization of human rights in the normative sense, and of the respective thematic agendas, such as money laundering, corruption, organized crime, among others, encouraged the adoption of a normative standard that harmonizes the process of interlocution and understanding between different countries.*

KEYWORDS: *“Lava Jato” case; International legal cooperation; Universal legal standard; Legal system differences.*

³ Graduada em Direito (2003) e Mestre em Direito Político e Econômico (2018) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Atualmente é analista judiciário, da área judiciária, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Tem experiência em Direito Penal, com ênfase em delitos contra a ordem econômica e tributária e contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem de dinheiro.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Cooperação jurídica internacional na operação “Lava Jato”: estatísticas do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI 2. Sistemas jurídicos de tradição civil law e common law: aproximação ou conflito? 3. Existe um padrão normativo universal que incentiva a assistência mútua? 3.1. Padrão normativo e tipo 3.2 Processo de reconhecimento do padrão normativo: unificação e harmonização 3.3 Direitos humanos: padrão normativo universal 3.3.1 Universalismo dos direitos humanos: aparente dicotomia com o multiculturalismo 3.3.2 Processo de internacionalização dos direitos humanos: afirmação dos direitos humanos como valores universais 3.4. Operação “Lava-Jato”: os países com quem o Brasil cooperou aderiram ao mesmo padrão normativo? 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka⁴ sustentam que o controle da lavagem de dinheiro e a luta contra o crime organizado pressupõem a cooperação internacional em diversas dimensões, assim compreendido o compartilhamento de informações, o intercâmbio da capacidade de investigar e dos resultados das investigações, e, principalmente, o auxílio mútuo para permitir que estrangeiros e nacionais que estejam no exterior possam ser processados. Uma das rotas para controlar a corrupção pode ser os esforços para limitar os ganhos do crime organizado internacional, que se beneficia da habilidade de transferir fundos ilícitos pelas fronteiras e por meio do mercado global de capitais.

Nesse sentido a operação “Lava Jato” trilha o mesmo caminho, circunstância revelada pela quantidade de pedidos de assistência mútua passivos e ativos no período de 2013 a 2017, os quais serão objeto de análise⁵.

⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan; Palifka, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. 2.ed. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 505-507.

⁵ Segundo dados da Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria Geral da República, até 31/11/2018, foram 647 pedidos de assistência, entre passivos e ativos, assim compreendidos 58 países distintos.

Na “Operação Lava Jato”⁶ os pedidos ativos de cooperação jurídica em matéria penal foram endereçados a trinta e sete diferentes países, quais sejam: Alemanha, Andorra, Antígua e Barbuda, Áustria, Bahamas, Canadá, China, Coreia do Sul, Curaçao, Espanha, Estados Unidos da América, França, Gibraltar, Guatemala, Holanda, Hong Kong, Ilhas de Man, Ilhas Cayman, Itália, Israel, Japão, Liechtenstein, Luxemburgo, Macau, México, Mônaco, Noruega, Panamá, Peru, Portugal, Reino Unido, República Dominicana, Rússia, Singapura, Suécia, Suíça e Uruguai.

O Brasil, por sua vez, recebeu solicitações de assistência jurídica em matéria penal oriundas de vinte e dois países diferentes, quais sejam: Andorra, Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Equador, Estados Unidos da América, França, Guatemala, Holanda, Itália, Liechtenstein, México, Noruega, Panamá, Peru, Portugal, República Dominicana, Suíça, Uruguai e Venezuela.

A diversidade entre os sistemas jurídicos dos países apontados é um aspecto relevante e presente nos pedidos de assistência mútua. Sistemas jurídicos de origem ou tradição *civil law* e *common law* cooperando entre si, com diferentes objetos e procedimentos, tempo de tramitação razoável, alto nível de assertividade.

Assim, o objetivo do artigo é analisar, a partir dos dados relativos aos casos de cooperação internacional na operação “Lava Jato”, qual ou quais as possíveis variáveis que teriam influenciado a postura mais proativa dos países na execução das solicitações de auxílio, apesar da diversidade entre os sistemas jurídicos.

A hipótese é que o processo de internacionalização dos direitos humanos no sentido normativo, e das respectivas agendas temáticas, como lavagem de dinheiro, corrupção, crime organizado, dentre outros, incentivou a adoção de um padrão normativo que harmoniza o processo de interlocução e entendimento entre diferentes países. O método de análise é o hipotético-dedutivo a partir da revisão bibliográfica.

⁶ GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio; SILVEIRA, Arnaldo José Alves. *Desempenho da cooperação jurídica internacional nos três anos de “Lava Jato”*. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/desempenho-cooperacao-juridica-internacional-lava-jato>>. Acesso em: 18 maio 2017.

1. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERACIONAL NA OPERAÇÃO “LAVA JATO”: DADOS ESTATÍSTICOS

O Brasil é signatário de diversos acordos bilaterais e multilaterais de cooperação jurídica em matéria penal.

De acordo com o sítio da *internet* do Ministério da Justiça⁷, foram firmados acordos bilaterais com Itália (Decreto n. 862, 09/07/1993), Portugal (Decreto n. 1.320, de 30/11/1994), França (Decreto n. 3.324, 30/12/1999), Estados Unidos da América (Decreto n. 3.810, 02/05/2001), Colômbia (Decreto n. 3.895, 23/08/2001), Peru (Decreto n. 3.988, 29/10/2001), Coréia do Sul (Decreto n. 5.721, 13/03/2006), Ucrânia (Decreto n. 5.984, 12/12/2006), China (Decreto n. 6.282, 03/12/2007), Cuba (Decreto n. 6.462, 21/05/2008), Espanha (Decreto n. 6.681, 08/12/2008 e Decreto n. 8.048, de 11/07/2013), Canadá (Decreto n. 6.747, 22/01/2009), Suriname (Decreto n. 6.832, 29/04/2009), Suíça (Decreto n. 6.974, 07/10/2009), Nigéria (Decreto n. 7.582, de 13/10/2011), Panamá (Decreto n. 7.596, 01/11/2011), Honduras (Decreto n. 8.046, de 11/07/2013), México (Decreto n. 7.595, 01/11/2011), Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Decreto n. 8.047, 11/07/2013), Turquia (Decreto n. 9.065, 31/05/2017) e Bélgica (Decreto n. 9.130, 17/08/2017).

Registram-se também os seguintes acordos multilaterais firmados: Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena (Decreto n. 154, 26/06/1991), Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Decreto n. 2.740, 20/08/1998), Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal – Mercosul (Decreto n. 3.468, 17/05/2000), Acordo Complementar ao Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile (Decreto n. 8.331, 12/11/2014), Convenção Sobre o Combate

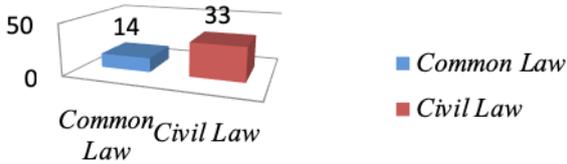
⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Acordos bilaterais*. 2018. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais/acordos-bilaterais-1>>. Acesso em: 10 fev. 2019 e BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Acordos multilaterais*. 2018. Disponível em: <<http://justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais/acordos-multilaterais-1>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Decreto n. 3.678, 30/11/2000), Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo (Decreto n. 5.015, 12/03/2004), Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (Decreto n. 5.016, 12/03/2004), Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas (Decreto n. 5.017, 12/03/2004), Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção - Convenção de Mérida (Decreto n. 5.687, 31/01/2006), Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições (Decreto n. 5.941, 26/10/2006) e a Convenção Interamericana Sobre Assistência Mútua em Matéria Penal – Convenção de Nassau (Decreto n. 6.340, 03/01/2008), Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (Decreto n. 8.833, 04/08/2016).

Segundo o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI⁸, cooperaram com o Brasil países das diferentes tradições jurídicas – *common law* e *civil law* – baseados os respectivos pedidos de assistência jurídica em matéria penal na prévia existência de acordo bilateral – Bélgica, China, Coréia do Sul, Espanha, Estados Unidos da América, França, Itália, México, Panamá, Peru, Portugal, Reino Unido e Suíça –; na falta destes, nos acordos multilaterais da Organização das Nações Unidas – ONU contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo ou contra a Corrupção – Convenção de Mérida, como nos casos de Antígua e Barbuda, Bahamas, Curaçao, Gibraltar, Hong Kong, Ilhas de Man, Ilhas Cayman, Ilhas Virgens Britânicas, Macau, Singapura, Alemanha, Andorra, Angola, Argentina, Áustria, El Salvador, Grécia, Guatemala, Holanda, Israel, Japão, Liechtenstein, Luxemburgo, México, Moçambique, Mônaco, Noruega, República Dominicana, Rússia, Senegal, Suécia, Uruguai e Venezuela.

⁸ GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. Re: Pedidos de cooperação jurídica internacional na Lava Jato [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por kgirardi@trf3.jus.br em 24 maio 2018.

GRÁFICO 1 - Países do *common law* e do *civil law* que cooperaram na operação “Lava Jato” com fundamento em acordo/tratado de cooperação em matéria penal

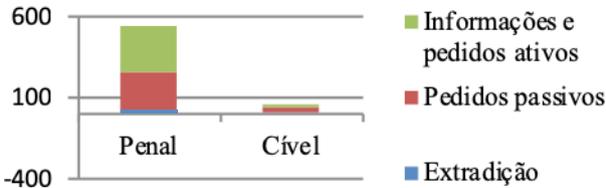


Common Law - Antígua e Barbuda, Bahamas, Canadá, Curaçao, Estados Unidos da América, Gibraltar, Hong Kong, Ilhas de Man, Ilhas Cayman, Ilhas Virgens Britânicas, Irlanda, Macau, Reino Unido e Singapura.

Civil Law - Alemanha, Andorra, Angola, Argentina, Áustria, Bélgica, China, Coreia do Sul, El Salvador, Espanha, França, Grécia, Guatemala, Holanda, Itália, Israel, Japão, Liechtenstein, Luxemburgo, México, Moçambique, Mônaco, Noruega, Panamá, Peru, Portugal, República Dominicana, Rússia, Senegal, Suécia, Suíça, Uruguai e Venezuela.

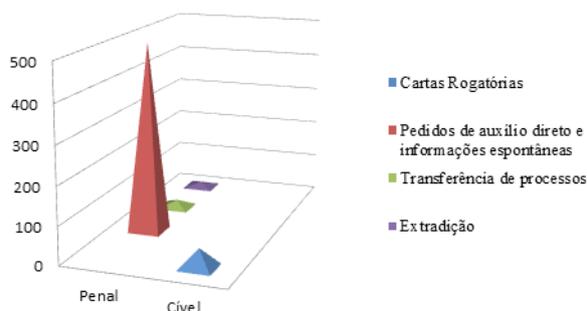
No âmbito da operação “Lava Jato”, constata-se certo equilíbrio entre a quantidade de pedidos de cooperação jurídica em que o Brasil foi solicitante (pedidos ativos) e a quantidade de pedidos em que foi solicitado (pedidos passivos), o que revela a expansão de uma integrada rede mundial antilavagem de dinheiro comprometida com o desenvolvimento dos instrumentos de cooperação jurídica, fundados nos ideais de solidariedade e de confiança recíprocos.

GRÁFICO 2 - Número de pedidos de cooperação ativos e passivos na “Lava Jato”



A par dos tradicionais mecanismos de cooperação jurídica existentes, é possível extrair dos dados da operação “Lava Jato” o esforço convergente dos países do *common law*, como do *civil law* em aderir à cooperação jurídica recíproca, na sua forma mais facilitada e célere, consubstanciada no mecanismo do auxílio direto e no intercâmbio de informações espontâneas entre Unidades de Inteligência Financeira, promotorias e autoridades policiais.

GRÁFICO 3 - Mecanismos de cooperação jurídica internacional utilizados na operação “Lava Jato”



Sopesada a rapidez com que evolui a macrocriminalidade econômica, muitas vezes institucionalizada, como desvelado com a operação “Lava Jato”, a insuficiência da imposição da pena privativa de liberdade pela capacidade de continuação da atividade criminosa do interior de presídios e de ocultação do proveito do crime ao longo do seu cumprimento, seu combate eficaz não pode prescindir da repressão econômica, que esvazia o poderio de autofinanciamento das organizações criminosas, o que situa a recuperação de bens no centro da estratégia da persecução criminal.

GRÁFICO 4 - Provimentos cautelares patrimoniais

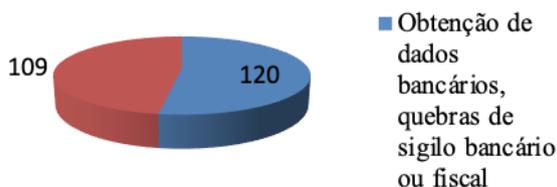
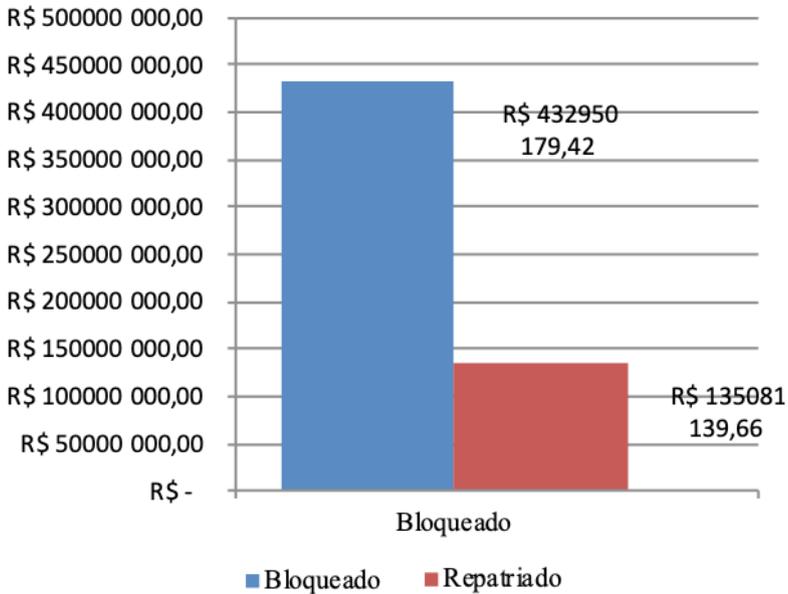


GRÁFICO 5 - Bloqueios e Repatriações na Lava Jato



De acordo com Isalino Giacomet⁹, no âmbito da operação “Lava Jato”, os pedidos de cooperação jurídica vem sendo executados em conjunto com acordos de colaboração premiada, firmados entre os órgãos de aplicação da lei e o investigado, mediante a estipulação de benefícios processuais ou penais previstos em lei, não se tratando de procedimento de recuperação de ativos propriamente dito que venha a exigir a aplicação de medidas assecuratórias sobre bens e valores, não decorrendo, tampouco, do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que tem acelerado a repatriação de bens e valores existentes no exterior.

⁹ GIACOMET JÚNIOR, Isalino Antonio. Mecanismos jurídicos e bases processuais para a repatriação de ativos. *Cooperação em Pauta*, Brasília, n. 4, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n4>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

2. SISTEMAS JURÍDICOS DE TRADIÇÃO CIVIL LAW E COMMON LAW: APROXIMAÇÃO OU CONFLITO?

A intensidade na interação dos países na operação “Lava Jato” pode ser justificada pela redução das diferenças entre os sistemas jurídicos de tradição do *civil law* e do *common law*.

John D. Jackson e Sarah J. Summers, (*The Internationalisation of Criminal Evidence*)¹⁰, referem, precisamente, à crescente pressão para que os sistemas legais convirjam em resposta às demandas da globalização. Considerando os problemas comuns da criminalidade enfrentados pelos sistemas nacionais e a busca por soluções internacionais parametrizadas, surge a preocupação dos Estados-Nação em estruturar soluções transnacionais para o problema do crime organizado, um consenso mínimo sobre regras apropriadas em matéria de provas e de procedimento.

Especificamente no que se refere ao direito à prova, as discussões sobre qual seria o melhor sistema processual – acusatório ou inquisitivo – para a descoberta da verdade, os autores concluem que qualquer que seja a origem do sistema, devem ser previstas regras mínimas que determinem quando os fatos são considerados provados e os meios para tal comprovação.

O modelo de processo justo é dissociado da diferenciação entre os sistemas processuais mencionados, na medida em que o modelo de processo justo é pautado pelos princípios da imparcialidade do juiz, do respeito à pessoa do imputado, da publicidade, da audiência e da inviolabilidade da defesa, que, desrespeitados, comprometem a equidade do processo.¹¹

Esses dois principais sistemas processuais – acusatório e inquisitivo – e os sistemas probatórios contemporâneos de maior relevo – o sistema probatório europeu – continental (*civil law*) e o sistema probatório anglo-americano (*common law*) – desenvolveram-se simultaneamente.

¹⁰ JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. *The internationalisation of criminal evidence: beyond the Common Law and Civil Law traditions*. Cambridge: Cambridge University, 2012.

¹¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 83.

Enquanto o sistema probatório europeu-continental originou-se com a Inquisição (século XII), com a busca da verdade por métodos irracionais, posteriormente substituídos pelo método inquisitivo, instrumentalizado pelo inquérito e marcado pelo segredo e pelo caráter ilimitado da pesquisa da verdade, que veio a ser legitimado pela teoria das provas legais, elaborada para estabelecer valor predeterminado às provas e afastar a ilimitada e arbitrária liberdade de convencimento do julgador, o sistema probatório anglo-americano afirmou-se na prevalência do sistema da íntima convicção do julgador sobre o sistema de provas legais, com a regulamentação do procedimento do júri, em duas fases: a primeira, secreta, escrita, sem a participação da defesa, realizada perante o juiz de instrução; e a segunda, pública, oral, com a participação da defesa, realizada perante o júri, orientado pela íntima convicção, estrutura que ensejou a sistematização do *Law of Evidence*, disciplina das regras de exclusão¹², justificado exatamente pela necessidade de se conter uma irrestrita apreciação do plexo probatório pelo júri que resulte no desvio da justiça da decisão.

Na lógica do sistema probatório do *Civil Law*, Michelle Taruffo¹³ indica os seguintes pressupostos: a) apenas interessa o que está positivado; b) provas atípicas estão excluídas; c) a regulação jurídica da prova é autossuficiente em relação a qualquer outro setor da experiência. No sistema probatório do *Common Law*, representa-os com o seguinte: a) a prova é fenômeno ligado à racionalidade, sendo que alguns de seus aspectos estão regulados por normas; b) provas atípicas estão excluídas; c) a maior utilidade das normas consiste no controle das provas inadmissíveis (*exclusionary rules*); d) é possível o uso de noções, conceitos e modelos de análise provenientes de outros setores da experiência.

¹² São exemplos de *exclusionary rules* a *hearsey evidence*, segundo a qual restam excluídas todas as afirmações sobre um fato que não sejam sustentadas em audiência pública e oral, a *bad character testimony*, de acordo com a qual estão excluídas as provas relacionadas às condenações anteriores do acusado, de modo a evitar se conclua pela culpa com base na vida pregressa do acusado, e a *unfair evidence*, relativa à proibição do uso das provas obtidas ilicitamente.

¹³ GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Law of Evidence e Common Law: o sistema de provas e o sigilo no direito inglês. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p.723-746. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67963/70571>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

Mirjan R. Damaska, (*Evidence Law Adrift*)¹⁴, observa que, no decorrer do século XX, os três pilares que sustentaram o ambiente institucional do contencioso do *Common Law* – o sistema de júri, o controle das partes e a concentração de procedimentos no julgamento – encontram-se em declínio e toda a construção probatória do direito consuetudinário está se transformando. A redução no uso do júri ao longo do século passado – eliminado dos litígios cíveis e dispensável em tribunais administrativos especializados – impôs que os juízes atuem, em um só julgamento, como tribunal do direito e tribunal dos fatos, notadamente no controle da admissibilidade das provas. Os procedimentos típicos de *Common Law* tornaram-se mais episódicos, uma vez que a obtenção prévia de provas assumiu maior significado, com a consequência de que as informações podem ser verificadas em fases prévias ao julgamento e, em decorrência disso, há menor necessidade de se efetuar um controle das provas admissíveis durante o julgamento propriamente dito. Finalmente, o ativismo judicial provocado pela retirada do júri e pelo aumento de complexidade dos litígios e a necessidade de uma gestão dos julgamentos colocou grande pressão às partes para dependerem menos de regras de exclusão de evidências e convergirem em matéria probatória.

Nesse sentido que John D. Jackson e Sarah J. Summers expõem que, no domínio da prova criminal, é possível a construção de um consenso partilhado entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, tendo em vista a presença, em ambos, da tradição racionalista, que se reflete na admissibilidade das provas e, de um modo mais amplo, na busca da verdade e da justiça por meio de técnicas racionais, bem como da tradição de proteção aos direitos humanos.

Em linhas gerais, os autores assinalam que a internacionalização de padrões de julgamento justo tem promovido um consenso internacional a respeito da maneira como os julgamentos devem ser conduzidos, com a emergência de uma nova teoria sobre o direito de prova em que a participação da defesa é mais efetiva, na fase pré-julgamento inclusive, e o ativismo judicial torna-se garantidor da justiça dos procedimentos, que sintetizam com a ideia da preponderância da otimização das evidências

¹⁴ DAMASKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven (EUA): Yale University, 1997.

em relação à exclusão das evidências (“*the optimisation of evidence over the exclusion of evidence*”¹⁵), defendendo-se que os princípios da paridade de armas entre defesa e acusação e do contraditório, desenvolvidos na Corte Europeia de Direitos Humanos, acomodam-se tanto à realidade do *common law*, como do *civil law*, não sendo impositivo que se processem sob um sistema jurídico em particular.

Salvatore Zappalá¹⁶ também reconhece que meras questões relacionadas à dicotomia existente entre o modelo acusatório e o inquisitivo encontram-se ultrapassadas ante à gravidade dos crimes que um sistema internacional de justiça criminal busca combater, com máxima expressão na constituição da Corte Criminal Internacional permanente, em Haia (Países Baixos), cujo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), aprovado por representantes de 162 (cento e sessenta e dois) Estados-membros das Nações Unidas, em julho de 1998, representa notável quebra de paradigmas existentes, na medida em que, a partir dos grandes sistemas legais do mundo, buscou-se estabelecer regras de direito penal internacional e de procedimento aceitáveis por todos os Estados signatários.

Em trabalho destinado a identificar a tradição jurídica prevalente – *common law* ou *civil law* –, no Estatuto de Roma, em vigor desde abril de 2002, que reúne os dispositivos que definiram os contornos da primeira jurisdição penal internacional permanente da história, o Tribunal Penal Internacional, criado em julho de 1998, Raquel Lima Scalcon¹⁷ inicia com a apreciação das disposições influenciadas pelo *common law*, exemplo do art. 31 do estatuto, que refere às causas de exclusão da responsabilidade penal, não diferenciando entre excludentes de ilicitude e excludentes de culpabilidade, elaboração da teoria do delito germânica, bem como do seu art. 32, que alude ao erro de fato e ao erro de direito, equiparando-os,

¹⁵ JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. *The internationalisation of criminal evidence: beyond the Common Law and Civil Law traditions*. Cambridge: Cambridge University, 2012. p. 368.

¹⁶ ZAPPALÁ, Salvatore. *Human rights in international criminal proceedings*. Oxford: Oxford University, 2003.

¹⁷ SCALCON, Raquel Lima. Tribunal Penal Internacional: dos impasses entre tradições aos conflitos com a constituição brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 51, out./dez. 2013. p. 83-108.

distinção superada na teoria do delito alemã, que trabalha com erro de tipo e erro de proibição. Expõe, em seguida, outras disposições que prestigiam as compreensões do *civil law*, como o art. 69, que revela certa leniência com provas ilícitas, que apenas pode ser sustentada em modelo que se funde na ponderação de interesses, direitos e bens jurídicos, verificado em países de *civil law*, não obstante ambos os sistemas rejeitem provas ilícitas, o art. 64, que denota a concentração da verificação da culpa, da gestão da prova e da tomada de atos decisórios na figura do julgador, em procedimento unificado, não se confundindo com a forma de condução do julgamento do modelo do *common law*, em fases processuais separadas atribuídas ao júri e ao julgador, em que é típica a preponderância conferida às partes na produção da prova (sistema adversarial).

A influência de ambas as tradições jurídicas no Estatuto de Roma, seja nas regras de direito material, seja nas de direito processual, sem predominância de nenhuma delas, reforça tendência de coexistência e harmonização dessas tradições jurídicas.

3. EXISTE UM PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL QUE INCENTIVA A ASSISTÊNCIA MÚTUA?

3.1. PADRÃO NORMATIVO E TIPO

De acordo com Karl Larenz¹⁸, na formação de um sistema, os conceitos gerais e abstratos são insuficientes para apreender os fenômenos da vida, razão pela qual se recorre ao *tipo* como forma de pensamento. O autor reconhece o recurso a essa forma de pensamento por diversas ciências, inclusive, a ciência jurídica, como os tipos da teoria geral do Estado, os tipos jurídicos gerais, como os penais e os fiscais, por exemplo.

¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 656. Ver também DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008 e DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: RT, 1988. Misabel Abreu Machado Derzi, às fls. 32, sustenta a existência de três usos distintos de tipo no Direito, como metodologia para o Direito, como conceito rígido e delimitado, e, finalmente, como parâmetros para facilitar a aplicação da lei.

No entanto, interessa ao estudo o que Karl Larenz denominou tipo ideal normativo, que indica um modelo perfeito a ser aspirado, dada a necessidade que o homem possui para orientar as suas ações. Esse modelo consiste, na realidade, em formas de comportamento social típico, que no âmbito do Direito têm o significado de *standards*. Os *standards* são pautas de comportamento social correto, aceitos na realidade social e não simplesmente regras configuradas em que se possa efetuar a subsunção¹⁹.

A técnica dos *standards*, segundo José Joaquim Gomes Canotilho²⁰, é originária do direito norte-americano e relacionada com a responsabilidade civil e atos ilícitos.

No campo dos direitos humanos, os *standards* são entendidos como um complexo de normas juridicamente vinculativas, de caráter cogente, indicador de fins e com grande força ética, e por seu intermédio a forma que o sistema de direitos, liberdades e garantias pode ser concretizado²¹.

O processo de reconhecimento dos *standards* ou padrões normativos em matéria de direitos humanos, tanto no âmbito internacional como nacional, opera-se através do processo de harmonização ou unificação.

3.2 PROCESSO DE RECONHECIMENTO DO PADRÃO NORMATIVO: UNIFICAÇÃO E HARMONIZAÇÃO

O reconhecimento dos direitos humanos como *standard* universal no sentido normativo está associado à forma como interagem o sistema internacional e o sistema nacional. Essa interação desenvolve-se no contexto de uma ordem jurídica pluralista e segundo dois processos distintos: a unificação e a harmonização²².

¹⁹ LARENZ, Karl. ob. cit. p. 661.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco António Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 141.

²¹ *Ibid.*, p. 142-143.

²² DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. 2.ed. Paris: Éditions Du Seuil, 2005. p. 30-31.

A unificação significa a substituição de um corpo de normas por outro, em que se verifica uma modificação estrutural ou orgânica. Tem-se um processo autoritário, verticalizado, de imposição de um novo modelo a partir da fusão e sem a preservação da diversidade que caracteriza cada sistema²³.

Já a harmonização pressupõe a incorporação das normas internacionais ao direito interno, a fim de garantir-lhes a aplicabilidade, de modo a se estabelecer uma relação de equivalência entre a primeira e a segunda²⁴ e sem que ocorra a supressão das diferenças²⁵. A harmonização consiste no processo de determinação do relacionamento entre diversos elementos a partir de um padrão pré-fixado, evitando ou mesmo eliminando conflitos.

Enquanto o processo de unificação conduz à adoção de um modelo único e idêntico, o processo de harmonização conduz à adoção de um modelo semelhante, em que a relação de equivalência exigida se manifesta com o reconhecimento dos mesmos valores ou dos mesmos parâmetros²⁶.

A rigidez observada no processo de unificação é contraposta por uma maior flexibilidade que caracteriza o processo de harmonização.

Por estas razões, é que o processo de harmonização goza de um potencial de aplicabilidade muito maior que o processo de unificação²⁷.

Nesse sentido, os direitos humanos qualificam-se como *standard* normativo universal, incorporados pelos sistemas jurídicos nacionais segundo o processo de harmonização e não de unificação, não acarretando a incorporação de regras ou procedimentos, mas de um

²³ Ibid., p. 36.

²⁴ MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 36.

²⁶ LIMA, Jose Antonio Farah Lopes de. *Trans-border evidence matters and joint investigation teams within the European Union*. Dissertação (Mestrado em Estudos Jurídicos) - Universidade de Cambridge, Reino Unido, 2007. p. 40.

²⁷ Um dos aspectos a ser destacado, é o fato de que o esforço de negociação entre os Estados no processo de harmonização é mais fluído e encontra menos resistência que o processo de unificação.

modelo ideal ou desejado no sentido axiológico, ou seja, de valores²⁸, que devem ser preservados, independentemente das tradições jurídicas de cada Estado²⁹.

3.3. DIREITOS HUMANOS: PADRÃO NORMATIVO UNIVERSAL

O conceito de direitos humanos possui três importantes características gerais: “1. *It identifies a logical template of questions to be addressed; 2. It provides for an intensive review by the courts as to the way in which those questions are to be asked and answered; 3. It involves placing upon the public authority an important onus, of satisfying itself and the Court that there are proper answers.*”³⁰

A humanidade constitui o fundamento ontológico da moral e do direito, os quais se qualificam como poderes que ordenam a vontade e os atos humanos, e delimitam o espaço em que o homem se realiza em si mesmo³¹.

Tal realização do homem faz-se na comunidade e com a comunidade, estando associada ao progresso do mundo e à relação com

²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 661.

²⁹ RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones rogatorias para la obtención de pruebas - problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. *Estudios Jurídicos*, Madrid, n. 3, p. 367, 2003.

³⁰ O conceito de direitos humanos possui três importantes características gerais: “1. Ele identifica um modelo lógico de questões a serem abordadas; 2. Ele provê uma intensiva revisão por parte dos Tribunais sobre a maneira como essas questões são perguntadas e respondidas; 3. Ele envolve a atribuição à autoridade pública de um importante ônus, de satisfazê-lo e que os Tribunais tenham as respostas adequadas” (tradução nossa). FORDHAM, Michael; DE LA MARE, Thomas. Identifying the principles of proportionality. In: JOWELL, Jeffrey; COOPER, Jonathan (Ed.). *Understanding human rights principles*. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 27.

³¹ KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Madri: Marcial Pons, 2000. p. 51. Segundo o autor, o critério decisivo da personalidade é a auto-determinação e o auto-aperfeiçoamento. Ser pessoa implica possuir a capacidade para uma consciência espiritual própria e a correspondente disposição própria; é estar na posse de si mesmo (p. 53).

os demais seres humanos³², exigindo, para tanto, uma postura ética³³, independentemente da diversidade religiosa, política, social.

Eis o caráter universal dos direitos humanos, que segundo Mireille Delmas-Marty representa algo que transcende as definições jurídicas, tendo em vista a diversidade cultural própria de todos os sistemas, cujas proibições estabelecidas pelas regras de direito exigem um fundamento de legitimidade consistente na adesão de toda a sociedade a valores universais, metaéticos, que representam o fundo comum de valores chamado de humanidade³⁴.

Este fundo de valores comuns compreende a dignidade do homem, as liberdades, a ordem do bem-estar, o nível de vida, o nível de benefícios, o acesso aos benefícios, na expressão da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³⁵.

No entanto, a consolidação dos direitos humanos como padrão normativo universal opera-se através dos processos de internacionalização e constitucionalização, em que o objetivo, segundo a técnica dos *standards*, é fomentar a equivalência e a semelhança entre os sistemas e não a substituição por um novo e único modelo.

3.3.1 UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS: APARENTE DICOTOMIA COM O MULTICULTURALISMO

O reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos é bastante discutido e questionado. Isso porque o ser humano e as sociedades

³² Ibid., p. 56.

³³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 184-185.

³⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?* São Paulo: Manole, 2004. p. 67-71.

³⁵ LARGEAULT, Anne Fagot. Sobre o que basear filosoficamente um universalismo jurídico? In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?* São Paulo: Manole, 2004. p. 100. E na ideia de uma ofensa aos direitos humanos há ao mesmo tempo a ideia de ofensa ao bem estar (a pobreza crônica, a fome, a miséria).

se particularizam por razões de ordem política, religiosa, econômica, social, o que se denomina multiculturalismo. O multiculturalismo é colocado como a grande barreira à aceitação dos direitos humanos como valor universal.

O multiculturalismo pauta-se pelo reconhecimento da individualidade de “cada cultura e cada história, por seus próprios valores e concepções”, acentuando uma tendência relativista³⁶ frente ao universalismo. No entanto, os intentos de assimilação e integração devem ser realizados a partir da aceitação de comunidades pluriculturais³⁷.

Para superação dessa aparente dicotomia, parte-se da premissa de que o ideal universalista dos direitos humanos não implica a unificação de todos os sistemas, mas a harmonização. A harmonização não acarreta a revogação das diferenças, na medida em que a base de formação da qual se originam os direitos humanos é de natureza plural, e marcada pela diversidade étnica, política, social, econômica e religiosa e, principalmente, jurídica.

O que significa dizer que o multiculturalismo integra o processo de formação, desenvolvimento e consolidação dos direitos humanos. O ideal universalista dos direitos humanos não é a negação do multiculturalismo, mas provavelmente o caminho para que a diversidade seja preservada. O reconhecimento e a não negação do caráter multicultural da sociedade global conferem aos direitos humanos não a sua conformação ideal, mas a sua conformação possível, a partir do esforço de identificação dos valores comuns à humanidade.

Com efeito, não existe um ser humano hipotético e abstrato, mas sim, um ser humano que está sempre inserido numa concreta realidade histórico-social³⁸, que torna impensável a sustentação de que o ideal universalista dos direitos humanos pode ser construído em descompasso com o multiculturalismo. Tal relação de complementaridade entre o universalismo e o multiculturalismo conduz a um universalismo minimalista,

³⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos estados e justiça penal internacional?* São Paulo: Manole, 2004. p. 334.

³⁷ FETSCHER, Iring. *La tolerância: uma pequena virtude imprescindível para a democracia*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 157-158.

³⁸ CASSESSE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Roma: GF Laterza, 2005. p. 70.

que acarreta o reconhecimento de um núcleo restrito de valores universalmente aceitos, que segundo Antonio Cassese, é composto pelos seguintes direitos: vida, segurança, trabalho, moradia decente, alimentação, saúde, direitos políticos e civis, como a liberdade de manifestação do pensamento, de associação, de participação política³⁹.

Para Mireille Delmas-Marty, falar de valores comuns da humanidade pode parecer provocador ou ingênuo. Provocador em face do relativismo que permanece profundamente inscrito nos sistemas de direito. O direito é identificado ao Estado, e cada sistema penal define e hierarquiza seus valores, exprimindo assim a identidade cultural da nação. Além disso, o direito internacional clássico repousa no princípio de igualdade entre todos os Estados, qualquer que seja o sistema de valores escolhido⁴⁰.

Contudo, acentua que “a busca de valores comuns é a única resposta realista, pois é a única que permite escapar à vingança em cadeia e de fundar uma paz durável. Essa busca passa por uma internacionalização do direito e da justiça penal”⁴¹.

A necessidade de preservação do gênero humano coincide com a busca pela paz. Não depende do lugar no qual o povo se instala, mas sim de uma postura ética na atuação dos homens, capaz de assegurar a diversidade e a pluralidade⁴².

3.3.2 PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO VALORES UNIVERSAIS

A posição dos direitos humanos como valor universal é uma decorrência do seu processo de internacionalização, que sucedeu à positivação,

³⁹ Idem. p. 72.

⁴⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos estados e justiça penal internacional?* São Paulo: Manole, 2004. p. 61-66. Tal tendência universalista é confirmada pela proteção reconhecida à humanidade no âmbito do direito internacional, em que no reconhecimento dos comportamentos considerados mais graves, a identidade da vítima marca a especificidade do crime contra a humanidade.

⁴¹ Ibid., p. 62.

⁴² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 185.

à generalização e à especificação⁴³, tendo como referencial histórico a 2ª Guerra Mundial, em que as atrocidades cometidas contra o ser humano geraram a necessidade de uma resposta por parte da comunidade internacional, inicialmente através da Declaração Universal de 1948.

A resposta a esta situação deu-se com o reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos no plano internacional, mas principalmente por meio da mobilização dos Estados, com a criação da Organização das Nações Unidas, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e de outros inúmeros documentos internacionais que a sucederam. Por exemplo, a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969.

Interessa ao estudo o processo de internacionalização dos direitos humanos no plano jurídico-normativo.

Nesse sentido, o movimento de internacionalização dos direitos humanos qualifica-se como um processo de harmonização, não de unificação normativa. Isso porque a definição dos direitos humanos como valor universal teve por objetivo influenciar os sistemas nacionais à incorporação de determinados valores como padrão ou modelo, cuja equivalência entre o direito interno e o direito internacional independe do aspecto plural que caracteriza a sociedade mundial⁴⁴.

⁴³ O processo de evolução dos direitos humanos compreende quatro fases: positividade, generalização, internacionalização e especialização. A positividade caracterizou-se pela desconcentração do poder e o reconhecimento das liberdades civis, políticas e econômicas. A generalização compreendeu a tutela jurídica do ser humano. A especificação compreendeu a passagem do tratamento do ser humano do plano abstrato para o situacional. E a internacionalização compreendeu o processo de positividade no plano internacional.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley más débil*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 128-129. A sociedade internacional de Estados nacionais (concebidos como sujeitos jurídicos independentes entre si, e igualmente soberanos), está subordinada a um único direito das gentes, que os Estados adotam nas suas relações externas não somente como *jus dispositivum*, mas também como *ius cogens*, com a força da lei. O direito das gentes compreende os direitos fundamentais, que são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa adstrita a um sujeito por norma jurídica; e por status a condição de um sujeito, prevista por

O processo de internacionalização dos direitos humanos, segundo Gregório Peces-Barba Martinez, produz-se através de diversas dimensões complementares. A primeira supõe a utilização de formas técnico-jurídicas do Direito Internacional clássico pelos Estados, sem ruptura da soberania estatal e como cooperação interestatal. A segunda parte da tomada de consciência quanto à insuficiência da proteção estatal, que sempre pode encontrar seu limite na razão do Estado, o que põe em questão o princípio da soberania, converte a pessoa individual em sujeito de Direito Internacional e propõe a existência de uma autoridade supranacional, que se impõe à estatal. Uma terceira dimensão refere-se às transformações suportadas pelo Direito Internacional, a partir do processo de humanização, socialização e moralização que fez com que ao Direito Internacional se agregasse à função e à competência quanto ao desenvolvimento integral dos indivíduos e dos povos. A última dimensão se refere ao valor que induz todo esse processo que é a luta pela paz e o repúdio a todas as guerras⁴⁵.

uma norma jurídica, como pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídica e/ou autor dos atos que são exercício destas. Na medida em que os direitos fundamentais correspondem aos interesses e expectativas de todos formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica, que constitui a dimensão substancial da democracia, anterior à dimensão política ou formal desta, fundada nos poderes da maioria.

⁴⁵ MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1999. p. 175-176. O autor associa o processo de internacionalização dos direitos humanos à cooperação internacional, que se iniciou com a luta contra a escravidão, até alcançar mais de cinquenta tratados entre 1815 e 1880, dentre os quais se destacam o Tratado de Londres de 1841 e a Ata Geral de Bruxelas de 1890, revisada pela Convenção de Saint-Germain-em-Laye. Depois da 1ª Guerra Mundial, merece destaque o Convênio Internacional sobre a abolição da escravidão e o comércio de escravos, liderado pela Sociedade das Nações, de 25 de setembro de 1926. Depois da 2ª Guerra Mundial, como desdobramento do art. 14 da Declaração de 1948, foi firmado um Convênio suplementar sobre a abolição da escravidão, sobre o comércio de escravos e sobre práticas e situações semelhantes em 1956, que entrou em vigor em 29 de abril de 1957. Uma evolução similar de cooperação internacional produziu-se em relação ao Direito Humanitário, com a criação da Cruz Vermelha, depois da Batalha de Solferino, através da Convenção de Genebra de 1864 e das Convenções de Genebra de 1929, sobre a proteção dos feridos e dos enfermos em tempos de guerra. No Direito Internacional contemporâneo deve-se destacar as Convenções de Direito Humanitário de agosto de 1949 e os protocolos de 1977, que estabelecem

O processo de internacionalização dos direitos humanos define a dignidade, o respeito e o desenvolvimento livre da personalidade como pilares da ordem política e da paz social. Para tanto, é indispensável o exercício da tolerância, que gera efetividade às liberdades e aos direitos da Constituição. A tolerância significa flexibilidade frente à rigidez, dinamismo frente à passividade, progresso frente ao conservadorismo, dialética frente ao dogmatismo. A tolerância aporta convencimento à ação e efetividade ao resultado. A estrutura organizacional do Estado, baseada em princípio de unidade, autonomia e solidariedade, tem a sua efetividade autêntica sobre a base da tolerância. A Constituição está preparada para o conflito, disposta a responder com eficácia às transformações, sendo suficientemente rígida para ser molde de uma sociedade e suficientemente flexível para não solidificar seus elementos perfeccionistas⁴⁶.

É necessário, enfim, compreender que o movimento de internacionalização compreende um esforço de posituação dos direitos humanos, de efetivo reconhecimento do seu caráter universal. A Carta de São Francisco, de 1945 (tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas), seguida da Declaração Universal de 1948, dos Pactos Internacionais de Direitos Cíveis e Políticos, de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, de 1966, constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos⁴⁷.

A ampla e irrestrita adesão dos Estados aos tratados internacionais de direitos humanos, analisados enquanto esforço de mobilização, revela certo consentimento em respeitar os direitos humanos, consentimento este, que na opinião de Flavia Piovesan, é reforçado pela possibilidade de controle da comunidade internacional na hipótese de sua violação⁴⁸,

limites à atividade dos Estados em caso de conflitos armados, ainda quando se considere que sejam de caráter interno e que obriguem não somente aqueles que se obrigaram convencionalmente, mas também como princípios gerais de Direito Humanitário.

⁴⁶ BALLEL, Tereza Rodriguez de las Heras. *La tolerância exigente*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2002. p. 88-90.

⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 52.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 149-151.

seja por meio das organizações internacionais ou mesmo por meio da jurisdição internacional.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos são universalistas por excelência, na medida em que o ideal de proteção aos direitos fundamentais representa um esforço universal a ser incansavelmente perseguido⁴⁹.

Celso Lafer, ao citar a concepção de um Direito Internacional Penal a partir de Nuremberg, parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais de vida na sociedade internacional e estas exigências configuram-se como sendo as da ordem pública internacional⁵⁰, como, por exemplo, a repressão ao genocídio. Nenhum povo da terra pode sentir-se razoavelmente seguro de sua existência e, portanto, à vontade e em casa no mundo, na medida em que se admita o genocídio como probabilidade futura⁵¹.

Por fim, os tratados internacionais de direitos humanos definem-se como um código de condutas, que expressa o padrão da civilização, que, por sua vez, compreende os direitos básicos para as pessoas, um governo bem organizado e com capacidade para assumir as relações internacionais, um sistema jurídico no estilo ocidental e a conformidade com o direito internacional. Em outras palavras, o padrão foi concebido para designar se um Estado está ou não suficientemente estável para assumir compromissos

⁴⁹ Ibid., p. 149-151.

⁵⁰ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 169.

⁵¹ Ibid., p. 182-183. Isso implica afirmar que a validade das normas não é um atributo puramente formal, que depende tão somente das suas formas de produção. Constitui, sim, um elemento substantivo que condiciona os conteúdos das decisões, que resultaram inválidas naqueles casos em que conflitaram com os novos princípios positivos do direito internacional. Assim, é possível afirmar que o positivismo constitucional desempenha em relação ao direito vigente essa mesma função crítica e normativa que no passado correspondeu ao jusnaturalismo. Se uma verdadeira universalização dos direitos fundamentais como a que traria, por exemplo, a abertura das fronteiras, o que pode parecer irreal atualmente, muito mais ilusória e irreal é a ideia de que a sua violação em tantas partes do planeta possa coexistir durante muito mais tempo com essa utopia conservadora de uma fortaleza fechada, que não coloca em perigo a paz e a própria segurança (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 156-157).

segundo o direito internacional, e, ao mesmo tempo, hábil para proteger adequadamente a vida, a liberdade e a propriedade⁵².

3.4. OPERAÇÃO “LAVA JATO”: OS PAÍSES COM QUEM O BRASIL COOPEROU ADERIRAM AO MESMO PADRÃO NORMATIVO?

Da análise dos documentos internacionais mencionados no tópico 1 deste artigo, dos quais o Brasil é signatário, tem-se que os países com os quais houve assistência internacional na operação “Lava Jato”, aderiram ao mesmo padrão normativo, respeitado por óbvio o aspecto regional, como no caso do Mercosul e Organização dos Estados Americanos – OEA, por exemplo.

Nesse sentido:

- Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena (Decreto n. 154, 26/06/1991): Alemanha; Antígua e Barbuda; Argentina; Áustria; Bahamas; Bélgica; Canadá; China; Coréia do Sul; Espanha; EUA; França; Grécia; Guatemala; Holanda; Hong Kong; Ilhas Cayman; Irlanda; Israel; Itália; Japão; Liechtenstein; Luxemburgo; México; Moçambique; Mônaco; Noruega; Panamá; Peru; Portugal; Reino Unido; República Dominicana; Rússia; Senegal; Singapura; Suécia; Suíça; Uruguai; Venezuela.
- Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Decreto n. 2.740, 20/08/1998): Argentina; El Salvador; México; Panamá; Peru; República Dominicana; Uruguai; Venezuela.
- Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal – Mercosul (Decreto n. 3.468, 17/05/2000): Argentina; Uruguai.
- Acordo Complementar ao Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Estados Partes do

⁵² GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The limits of international law*. New York: Oxford University, 2005. p.128-130.

Mercosul, Bolívia e Chile (Decreto n. 8.331, 12/11/2014): Argentina; Uruguai.

- Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Decreto n. 3.678, 30/11/2000): Alemanha; Argentina; Áustria; Bélgica; Canadá; Coréia do Sul; Espanha; EUA; França; Grécia; Holanda; Irlanda; Israel; Itália; Japão; Luxemburgo; México; Noruega; Portugal; Reino Unido; Rússia; Suécia; Suíça.
- Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo (Decreto n. 5.015, 12/03/2004): Alemanha; Andorra; Angola; Antígua e Barbuda; Argentina; Áustria; Bahamas; Bélgica; Canadá; China; El Salvador; Espanha; EUA; França; Grécia; Guatemala; Holanda; Hong Kong; Irlanda; Israel; Itália; Liechtenstein; Luxemburgo; México; Moçambique; Mônaco; Noruega; Panamá; Peru; Portugal; Reino Unido; República Dominicana; Rússia; Senegal; Singapura; Suécia; Suíça; Uruguai; Venezuela.
- Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (Decreto n. 5.016, 12/03/2004): Alemanha; Argentina; Áustria; Bahamas; Bélgica; Canadá; El Salvador; Espanha; EUA; França; Grécia; Irlanda; Itália; Liechtenstein; Luxemburgo; México; Moçambique; Mônaco; Noruega; Panamá; Peru; Portugal; Reino Unido; República Dominicana; Rússia; Senegal; Singapura; Suécia; Suíça; Uruguai; Venezuela.
- Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas (Decreto n. 5.017, 12/03/2004): Alemanha; Antígua e Barbuda; Argentina; Áustria; Bahamas; Bélgica; Canadá; El Salvador; Espanha; EUA; França; Grécia; Irlanda; Israel; Itália; Liechtenstein; Luxemburgo; México; Moçambique; Mônaco; Noruega; Panamá; Peru; Portugal; Reino Unido; República Dominicana; Rússia; Senegal; Singapura; Suécia; Suíça; Venezuela.

- Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção - Convenção de Mérida (Decreto n. 5.687, 31/01/2006): Angola; Antígua e Barbuda; Argentina; Áustria; Bahamas; Bélgica; Canadá; China; Coreia do Sul; El Salvador; Espanha; ; EUA; França; Grécia; Guatemala; Holanda; Hong Kong; Irlanda; Israel; Itália; Liechtenstein; Luxemburgo; México; Moçambique; Noruega; Panamá; Peru; Portugal; Reino Unido; República Dominicana; Rússia; Senegal; Suécia; Suíça; Venezuela.
- Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições (Decreto n. 5.941, 26/10/2006): Argentina; Áustria; Bélgica; El Salvador; Grécia; Itália; México; Noruega; Panamá; Portugal; República Dominicana; Senegal; Suécia.
- Convenção Interamericana Sobre Assistência Mútua em Matéria Penal – Convenção de Nassau (Decreto n. 6.340, 03/01/2008): Antígua e Barbuda; Argentina; Bahamas; Canadá; El Salvador; EUA; Guatemala; México; Panamá; Peru; Uruguai; Venezuela.
- Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (Decreto n. 8.833, 04/08/2016): Angola; Moçambique; Portugal.

A adesão aos mesmos documentos internacionais, notadamente os de natureza universal, como os tratados firmados no âmbito do sistema ONU, como a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional e contra a Corrupção, por exemplo, revela muito mais do que um valor simbólico ou a convergência de propósitos.

Pelo contrário, implica reconhecer a adoção de valores, conceitos e institutos comuns, que repercutem a partir da sua ratificação em dois grandes movimentos. O primeiro, de caráter cultural, em razão da especialização e mudança de mentalidade, notadamente nas instituições que integram o sistema de justiça, por exemplo. E o segundo, de caráter normativo, em razão das alterações legislativas no âmbito interno de cada país.

O processo de internacionalização por meio de tratados e convenções cujo conteúdo versa sobre problemas comuns, como lavagem de dinheiro, corrupção, crime organizado, incentivam a convergência terminológica e o padrão comunicacional entre os países, reduzindo o peso e a influência em decorrência da diversidade na origem dos sistemas, e facilitando o entendimento desejado na formalização dos pedidos de assistência mútua.

A operação “Lava Jato” revelou, nesse sentido, um conjunto de evidências que confirmam a reduzida influência das diferenças entre os sistemas jurídicos nacionais, a pouca relevância da origem “common law” ou “civil law”, mas principalmente o valor fundamental que a agenda comum dos países, traduzida na adesão aos mesmos documentos internacionais, repercutiu na quantidade, variedade e tempo de tramitação dos procedimentos de cooperação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os arranjos normativos no plano internacional, notadamente na agenda de direitos humanos, lavagem de dinheiro, corrupção, mercados ilícitos e crime organizado, seja no plano universal, como no regional, multilateral e bilateral, criaram as condições adequadas para fundamentar e estimular a cooperação internacional entre Estados Nacionais.

As evidências colhidas na operação “Lava Jato”, pelas centenas de solicitações, pela variedade de objetos e procedimentos, e principalmente, pelas mais de cinco dezenas de países com os quais o Brasil cooperou, de tradições jurídicas distintas, confirmam o ciclo virtuoso iniciado a partir das articulações no âmbito internacional.

As contribuições para o estudo da cooperação jurídica internacional a partir da operação “Lava Jato” não se esgotam por óbvio no presente artigo. Remanescem, ainda, novas oportunidades de aprendizado e pesquisa, com particular destaque para a análise das inúmeras decisões judiciais proferidas em que os objetos desses pedidos de assistência mútua foram valorados, as quais revelarão os critérios de validação utilizados para superar o desafio da diversidade entre os sistemas jurídicos e resguardar a legalidade do ato praticado no exterior.

Na mesma linha, o estudo dos casos em espécies possibilitará também identificar outras variáveis relevantes, como tempo de tramitação, requisitos de admissibilidade e eventuais hipóteses de recusa. Por fim, considerando o caráter transnacional de algumas infrações penais apuradas na operação “Lava Jato”, em que se viu presente o problema da concorrência entre jurisdições nacionais, interessará de forma mais precisa o exame dos esforços de articulação interinstitucionais com o objetivo de construir o mínimo de alinhamento entre diferentes países na delimitação das consequências a partir do mesmo ilícito.

Enfim, se de um lado é certo que a operação “Lava Jato” foi beneficiada pelo conjunto de iniciativas no plano global que incentivaram a definição de modelos padrão, de outro lado é igualmente certo que a dinâmica da cooperação jurídica internacional impõe, além da maior funcionalidade na formulação de pedidos, a necessária segurança jurídica para resguardar a legitimidade dos seus resultados e os direitos dos eventuais envolvidos.

REFERÊNCIAS

BALLEL, Tereza Rodriguez de las Heras. *La tolerância exigente*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2002.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Acordos bilaterais. 2018. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais/acordos-bilaterais-1>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Acordos multilaterais. 2018. Disponível em: <<http://justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais/acordos-multilaterais-1>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Roma: GF Laterza, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven (EUA): Yale University Press, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. 2. ed. Paris: Éditions Du Seuil, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos estados e justiça penal internacional?* São Paulo: Manole, 2004.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: RT, 1988.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley más débil*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2004.

FETSCHER, Iring. *La tolerância: uma pequena virtude imprescindível para a democracia*. Barcelona: Gedisa, 1999.

FORDHAM, Michael; DE LA MARE, Thomas. Identifying the principles of proportionality. In: JOWELL, Jeffrey; COOPER, Jonathan (Ed.). *Understanding human rights principles*. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 27.

GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio; SILVEIRA, Arnaldo José Alves. *Desempenho da cooperação jurídica internacional nos três anos de "Lava Jato"*. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-28/desempenho-cooperacao-juridica-internacional-lava-jato>>. Acesso em: 18 maio 2017.

GIACOMET JÚNIOR, Isalino Antonio. Mecanismos jurídicos e bases processuais para a repatriação de ativos. *Cooperação em Pauta*, Brasília, n. 4, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n4>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. Re: Pedidos de cooperação jurídica internacional na Lava Jato [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por kgirardi@trf3.jus.br em 24 maio 2018.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The limits of international law*. New York: Oxford University, 2005.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Law of evidence e common law: o sistema de provas e o sigilo no direito inglês. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012.

JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. *The internationalisation of criminal evidence: beyond the Common Law and Civil Law traditions*. Cambridge: Cambridge University, 2012.

KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Madri: Marcial Pons, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LARGEAULT, Anne Fagot. Sobre o que basear filosoficamente um universalismo jurídico? In: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça penal internacional?* São Paulo: Manole, 2004. p. 100.

LIMA, Jose Antonio Farah Lopes de. *Trans-border evidence matters and joint investigation teams within the European Union*. Dissertação (Mestrado em Estudos Jurídicos) - Universidade de Cambridge, Reino Unido, 2007.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROSE-ACKERMAN, Susan; Palifka, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. 2.ed. New York: Cambridge University, 2016.

RUBIO, Carlos Ramos. Comisiones rogatorias para la obtención de pruebas - problemas de validez de las pruebas obtenidas en el extranjero: análisis de la

jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. *Estudios Jurídicos*, Madrid, n. 3, p. 367, 2003.

SCALCON, Raquel Lima. Tribunal Penal Internacional: dos impasses entre tradições aos conflitos com a constituição brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 51, out./dez. 2013.

ZAPPALÀ, Salvatore. *Human rights in international criminal proceedings*. Oxford: Oxford University, 2003.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradecimentos ao Coordenador Geral de Recuperação de Ativos do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, Isalino Antonio Giacomet Junior, pela pronta disposição em colaborar mediante o fornecimento de dados estatísticos da maior relevância para a pesquisa.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): Os autores confirmam 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.

- *Fábio Ramazzini Bechara*: projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Gianpaolo Poggio Smanio*: projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

- *Karin Bianchini Girardi*: projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):

Os autores asseguram 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 atestam 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: 18/03/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/04/2019
- Avaliação 1: 30/04/2019
- Avaliação 2: 22/04/2019
- Avaliação 3: 22/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 14/05/2019
- Retorno rodada de correções 1: 20/05/2019
- Decisão editorial preliminar 2: 20/05/2019
- Retorno rodada de correções 2: 21/05/2019
- Decisão editorial final: 23/05/2019

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BECHARA, Fábio R.; SMANIO, Gianpaolo P.; GIRARDI, Karin B. Cooperação jurídica internacional na Operação “Lava Jato”: análise crítica a partir da diversidade entre os sistemas jurídicos nacionais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 703-736, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.229>



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

Judicial cooperation in criminal matters in the Special Administrative Regions of Hong Kong and Macau. Through the lens of “one country, two systems” and the surrender of fugitives to Mainland China

Cooperação judiciária em matéria criminal nas Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau. À luz do “um país, dois sistemas” e da entrega de fugitivos à China Continental

Miguel Manero de Lemos¹

University of Macau - Macau
manero.miguel@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-3644-2006>

Teresa Lancry Robalo²

University of Macau – Macau
teresaso@um.edu.mo

 <https://orcid.org/0000-0001-5449-063X>

ABSTRACT: This Article proceeds in three parts. Part I (The constitutional systems of the Special Administrative Regions of Hong Kong and Macau) introduces the readers to the historical background of Hong Kong and Macau and the “one country, two systems” constitutional orders in force in the Hong Kong and the Macau Special Administrative Regions of the People’s Republic of China. It also informs on the most relevant constitutional developments occurring in the first two decades of existence of these two special regions. Part II (Judicial cooperation in criminal matters in the Special Administrative Regions) explains how such constitutional orders influence the extant legal framework on

¹ Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Macau. Phd in Law, Faculty of Law, University of Coimbra.

² Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Macau. Phd in Law, Faculty of Law, University of Macau.

judicial cooperation in criminal matters, which applies to external cooperation with other states or territories, but not to cooperation between the different jurisdictions within China, for which there are no positive rules currently in force. This part surveys the rules in force in Hong Kong and Macau concerning the surrender of fugitives to other countries. Part III (The surrender of fugitives to Mainland China) focuses particularly on the issue of arrest and return of Chinese citizens from Hong Kong and Macau to Mainland China. It provides an overview of the cases that came to public attention and the legal conundrums created by the absence of “two systems” specific rules on surrender of fugitives within “one country”.

KEYWORDS: Hong Kong; Macau; Mainland China; Surrender of Fugitives; “One country, two systems”.

RESUMO: *Este artigo divide-se em três partes. A Parte I (O sistema constitucional das Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau) fornece o enquadramento histórico das Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau e introduz as ordens constitucionais das Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e Macau da República Democrática da China existentes à luz do princípio “um país, dois sistemas”. É feita uma referência aos principais desenvolvimentos constitucionais ocorridos nas primeiras décadas de existências dessas regiões administrativas especiais. A Parte II (Cooperação judicial em matéria criminal nas Regiões Administrativas Especiais) explica como é que as referidas ordens constitucionais influenciam o quadro jurídico existente relativo à cooperação judicial em matéria criminal, o qual se aplica à cooperação com outros Estados ou territórios, mas não à cooperação entre as várias jurisdições existentes na China, cooperação esta para a qual não existem regras positivadas atualmente em vigor. Examinam-se as regras em vigor em Hong Kong e em Macau sobre a entrega de fugitivos para outros países. A parte III (A entrega de fugitivos à China continental) lida particularmente com a questão da detenção e entrega de cidadãos chineses de Hong Kong e Macau à China continental. Fornece uma visão geral dos casos vindos a público e do dilema jurídico criado pela falta de regras específicas relativas à entrega de fugitivos dentro do “um país”.*

PALAVRAS-CHAVE: Hong Kong; Macau; China Continental; Entrega de Fugitivos; “Um país, dois sistemas”.

SUMÁRIO: Introduction; 1. The constitutional systems of the Special Administrative Regions of Hong Kong and Macau; 2. Judicial cooperation in criminal matters in the Special Administrative Regions; 3. The surrender of fugitives to Mainland China; Conclusion; References.

INTRODUCTION

This Article proceeds in three parts. Part I (*The constitutional systems of the Special Administrative Regions of Hong Kong and Macau*) introduces the readers to the historical background of Hong Kong and Macau and the “one country, two systems” constitutional orders in force in the Hong Kong and the Macau Special Administrative Regions of the People’s Republic of China. It also informs on the most relevant constitutional developments occurring in the first two decades of existence of these two special regions. Part II (*Judicial cooperation in criminal matters in the Special Administrative Regions*) explains how such constitutional orders influence the extant legal framework on judicial cooperation in criminal matters, which applies to external cooperation with other states or territories, but not to cooperation between the different jurisdictions within China, for which there are no positive rules currently in force. This part surveys the rules in force in Hong Kong and Macau concerning the surrender of fugitives to other countries. Part III (*The surrender of fugitives to Mainland China*) focuses particularly on the issue of arrest and return of Chinese citizens from Hong Kong and Macau to Mainland China. It provides an overview of the cases that came to public attention and the legal conundrums created by the absence of “two systems” specific rules on surrender of fugitives within “one country”.

1. THE CONSTITUTIONAL SYSTEMS OF THE SPECIAL ADMINISTRATIVE REGIONS OF HONG KONG AND MACAU

The territories of Hong Kong and Macau were for a long time under the “sovereignty” or “exercise of sovereignty” of Great Britain and Portugal, until they were returned to the People’s Republic of China (hereinafter, PRC) in 1997 and 1999 respectively³.

³ In the Joint Declaration on the Question of Hong Kong, while the PRC declared that it would resume the “exercise of sovereignty” over Hong Kong, the United Kingdom declared it would “restore Hong Kong” to China. *Joint Declaration on the Question of Hong Kong, China-UK*, Dec. 19, 1984, 1399 U.N.T.S. 23,391, par. 1 and 2. In the Joint Declaration on the Question of Macau, the PRC and Portugal declared that “Macau [...] is Chinese territory”.

In order to ensure the peaceful return of these territories to the “embrace of the motherland”⁴, the PRC concluded two international treaties, branded as *Joint Declarations*, with the United Kingdom and Portugal. The one most outstanding of commands of these Joint Declarations is, in short, “one country, two systems”. Half a year prior to the signing of the Joint Declaration on the Question of Hong Kong, Deng Xiaoping aptly unveiled the core of the separation of systems embodied in this unprecedented principle: while the one billion people from the Mainland “maintain” the socialist system, Hong Kong “continues” with its own system⁵. According to the twelfth basic policy of the two Joint Declarations,

Joint Declaration on the Question of Macau, China-Port., Mar. 22, 1988, 1498 U.N.T.S. 25, 805, par. 1 (emphasis added). While this clause in the Joint Declaration on the Question of Macau is the natural outcome of the fact that the Portuguese Constitution had for over a decade ‘given up’ sovereignty over Macau (on the Portuguese control over the territory as a “limited sovereignty”, see PEREIRA, Francisco, *Portugal, China e a “Questão De Macau”*, Instituto Português do Oriente, 2nd Edition, p. 41-46), the “co-existence” of two clauses in the Joint Declaration on the question of Hong Kong is “a result of an agreement not to agree”. CHAN, Johannes, *From Colony to Special Administrative Region. Law Of The Hong Kong Constitution*, edited by CHAN, Johannes SC (Hon) & LIM, C.L., Hong Kong, Thomson Reuters Hong Kong Limited trading as Sweet & Maxwell, 2015, p. 24. In fact, while the Portuguese Constitution recognized Macau as merely “under the administration” of Portugal as far back as 1976 (see Article 5 (4) of the Portuguese Constitution of 1976), the United Kingdom emphasized for longer its sovereign rights. The Hong Kong Act of 1985 only provided for the termination of British sovereignty over Hong Kong as from 1 July 1997. On the whole “sovereignty” versus “exercise of sovereignty” issue, see LEMOS, Miguel Manero de, *The Basic Laws of Hong Kong and Macau as Internationally Shaped Constitutions of China and the Fall Off of ‘One Country, Two Systems’*, *Tulane Journal of International and Comparative Law* (Upcoming, March 2019), Part II.

⁴ Thus, “end[ing] past humiliation and mark[ing] a major step forward toward the complete reunification of China”. Chinese President Xi Jinping speech delivered at the meeting celebrating the 20th anniversary of Hong Kong’s return to the motherland, 1 July 2017. http://www.xinhuanet.com/english/2017-07/01/c_136409940.htm.

⁵ XIAOPING, Deng, *One Country, Two Systems*, June 22-23, 1984. See Deng Xiaoping’s full remarks in <https://dengxiaopingworks.wordpress.com/2013/03/08/one-country-two-systems/>. For a deeper understanding of how the separation of systems was idealized by Deng Xiaoping see the

“[twelve comprehensive] basic policies of the People’s Republic of China regarding Hong Kong [and Macau] and the elaboration of them in Annex I to [these] Joint Declaration[s] will be stipulated, in [...] *Basic Law[s] of the Hong Kong and [the Macau] Special Administrative Region of the People’s Republic of China*, by the National People’s Congress of the People’s Republic of China, and they will remain unchanged for 50 years”⁶.

Adopted around half a decade later, the Basic Laws of Hong Kong and Macau⁷, two “creative masterpieces” in the words of Deng,⁸ are, at present, the two constitutional documents that govern the two Special Administrative Regions (hereinafter, SARs)⁹. They are premised upon the notion that “[t]he *socialist system and policies shall not be practised* in the [...] Special Administrative Region[s], and the previous

whole volume III of the Selected Works of Deng Xiaoping available at <https://dengxiaopingworks.wordpress.com/selected-works-vol-3-1982-1992/>.

- ⁶ Joint Declaration on the Question of Hong Kong, paragraph 3 (12) and Joint Declaration on the Question of Macau, para 2 (12) (emphasis added).
- ⁷ The Basic Laws are titled “Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China” and “Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People’s Republic of China”.
- ⁸ At the end of their task, the drafters of the Basic Law of Hong Kong were superbly complimented by Deng Xiaoping: “you have produced a law that is of historic and international significance. By historic I mean it is significant not only for the past and the present but also for the future. By international and far-reaching I mean it is significant not only for the Third World but for all mankind. This document is a creative masterpiece”. Deng Xiaoping, Impromptu remarks to members of the Drafting Committee for the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region who were attending its Ninth Plenary Meeting. http://www.chinadaily.com.cn/china/cpc2011/2010-09/15/content_12474319_5.htm.
- ⁹ Arguably, the most authoritative statement and analysis on the nature of the Basic Laws can be found in the Judgment *Ng Ka Ling*, where the Court of Final Appeal of Hong Kong considered, while emphasizing the purpose of the Basic Law of implementing the Joint Declaration, that “[t]he Basic Law is an *entrenched constitutional instrument* to implement the *unique principle* of ‘one country, two systems’”. *Ng Ka Ling and Another V. The Director of Immigration* [1999] HKCFA (29 January 1999) (hereinafter *Ng Ka Ling (1)*), par. 73 (emphasis added).

capitalist system and way of life shall remain unchanged for 50 years”¹⁰. According to the Basic Laws,

“[the SARs] exercise a *high degree of autonomy* and enjoy executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication”¹¹.

Although this high degree of autonomy does not extend to foreign and defence affairs, which lie within the responsibility of the Central People’s Government¹², the Basic Laws, as explained throughout this Article, assign important powers in the domain of external affairs to the SARs.

The Basic Laws were adopted pursuant to Article 31 of the PRC’s most prominent constitutional document, the Constitution of the PRC, a socialist constitution. The PRC Constitution presides over the 1.3 billion people of the Mainland and also, possibly, at least in part, over the people of Hong Kong and Macau¹³.

In this tripartite *unique* constitutional arrangement – where three very different political, legal and judicial traditions coexist within “one country” and where separation encompasses hard-borders, different passports, different freedoms, different currencies, etc.¹⁴ – political, judicial

¹⁰ HKBL, Article 5; MBL, Article 5 (emphasis added).

¹¹ HKBL, Article 2; MBL, Article 2 (emphasis added).

¹² HKBL, Articles 13 and 14; MBL, Articles 13 and 14.

¹³ Views on its applicability, on how such applicability occurs and on which norms of the PRC Constitution are actually applicable in the SARs vary. The “irony” inherent to the question is exemplified by the declaration of the members of the Basic Law Drafting Committee that the PRC Constitution “as a whole is applicable to [the SARs], but it does not mean that all is applicable”. FU H L, *Supremacy of a Different Kind: The Constitution, the NPC, and the Hong Kong SAR*, *Hong Kong’s Constitutional Debate, Conflict over Interpretation*, CHAN, FU, GHAI (eds), *Hong Kong University Press*, 2000, p. 100. The general trend is to argue that the provisions of the PRC Constitution on the unity and integrity of the state, powers of the sovereign organs and national symbols apply. According to the first author of this Article, the PRC Constitution was not supposed to apply at all in the SARs. But such is an isolated view. On this, see LEMOS, Miguel Manero de, *The Basic Laws of Hong Kong and Macau as Internationally Shaped Constitutions of China and the Fall Off of ‘One Country, Two Systems’*, *Tulane Journal of International and Comparative Law* (Upcoming, March 2019).

¹⁴ For an understanding of the whole SARs’ picture see, for example, the different contributions in *Law Of The Hong Kong Constitution*, edited by CHAN,

and legal difficulties and tensions are inevitable. The interaction between the Central Authorities and the SARs is defined in the Basic Laws, most prominently in chapters entitled “[r]elationship between the Central Authorities and the [...] Special Administrative Region[s]”, but also in many other provisions that one can find throughout the documents¹⁵. The “relationship” is not always delineated in a clear way. Such is not due to the carelessness of the drafters of the Basic Laws but to a *deliberate ambiguity* inherent to the complex ‘negotiation’ process that led to their adoption¹⁶. The intense, but at times unsuccessful, attempts to reconcile seemingly irreconcilable perspectives, and the need to attune what was agreed upon in the Joint Declarations with the political realities existing half a decade after these international treaties were concluded, have left no room for clear-cut solutions¹⁷.

Unsurprisingly, at least in hindsight, tensions at the political-judicial level emerged early in the life of the first SAR, the Hong Kong SAR. An example of how difficult it is to reconcile the theoretical and legal separation of systems with reality on the ground, ‘irreconcilable’ views arose in a judicial case over the right of abode in Hong Kong of children born in Mainland China and whose father or mother had the right of abode in Hong Kong. For present purposes, it suffices to note that the Court of Final Appeal of Hong Kong (hereinafter, HKCFA) upheld such right in terms that were considered perilous by the Government of Hong Kong, namely because it could lead to an influx of roughly 1.6

Johannes SC (Hon) & LIM, C.L., *Hong Kong: Thomson Reuters Hong Kong Limited trading as Sweet & Maxwell*, 2015.

¹⁵ Of particularly relevance are the articles on interpretation and amendment of the Basic Laws. HKBL, Articles 158 and 159; MBL, Articles 143 and 144.

¹⁶ On the process of drafting of the Basic Law of Hong Kong see, for example, CHAN, Johannes, *From Colony to Special Administrative Region*, p. 31 and 32. Personal account of the early drafting history, and complexity inherent to the issue of interpretation of the Basic Law, in LEE, Martin, *A Tale of Two Articles, The Basic Law and Hong Kong's Future*, ed. WESLEY-SMITH, Peter and CHEN, Albert H. Y., Hong Kong: Butterworths, 1988, p. 309-325. On the relatively less problematic process of drafting of the Basic Law of Macau, see PEREIRA, Francisco, *Portugal, China e a “Questão de Macau*, cit., p. 139-142.

¹⁷ On the influence that the Tiananmen incidents of 1989 might have had in the final solutions that were eventually ‘agreed upon’, see CHAN, Johannes, *From Colony to Special Administrative Region*, cit., p. 32, p. 1079.

million people from the Mainland over the period of a decade¹⁸. In line with such consideration, the Government of Hong Kong decided to ask for the help of the Central Authorities¹⁹. The Standing Committee of the National People's Congress acceded to the request by issuing an interpretation of the Basic Law²⁰ that reversed *de iure and/or de facto* the decision of the HKCFA²¹. This interpretation was adopted under, *inter alia*,²² Article 158 of the HKBL, which constitutes a perfect instance of the above mentioned deliberate ambiguity, in that it 'peculiarly shares', in no certain terms, interpretive power between the Central Authorities and the courts in Hong Kong²³.

The case highlighted not only the physical reality of intense movement of people – and deeply shared bonds of life – between Hong Kong and the Mainland, but also the very different political and judicial

¹⁸ <https://www.info.gov.hk/gia/general/199905/18/0518159.htm>.

¹⁹ See The Chief Executive's Report to the State Council Concerning the Right of Abode, 20 May 1999.

²⁰ The Interpretation by the Standing Committee of the National People's Congress of Articles 22(4) and 24(2)(3) of the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China (Adopted at the Tenth Session of the Standing Committee of the Ninth National People's Congress on 26 June 1999) (hereinafter Interpretation *Ng Ka Ling*).

²¹ For an extensive discussion of this interpretation, see *Hong Kong's Constitutional Debate, Conflict over Interpretation*, CHAN, FU, GHAI (eds), Hong Kong University Press, 2000.

²² The Standing Committee stated its interpretative power in the domain of the Basic Law is also grounded on Article 67 (4) PRC Constitution. On the pernicious effects of invoking the socialist provisions of the PRC Constitution in Hong Kong and Macau matters, see LEMOS, Miguel Manero de, Too late for the Standing Committee to take a "good faith" step back? And the possibility of the Court of Final Appeal to save "one country, two systems" by asserting its constitutional power of control over the actions of the Standing Committee, in BIAGI, Francesco, FROSINI, Justin O. and MAZZONE, Jason (eds.), *Constitutional History: Comparative Perspectives* (Brill forthcoming 2019).

²³ On Article 158, see LING, Bing, Subject Matter Limitation on the NPCSC's Power to Interpret the Basic Law, 37 *Hong Kong Law Journal*, 2007, arguing that the Standing Committee has no power to interpret provisions of the Basic Law which concern the autonomy of Hong Kong but accepting a *proprio motu* power of the Standing Committee to interpret other provisions. See also LEMOS, Miguel Manero de, Too late for the Standing Committee to take a "good faith" step back? cit., arguing that no *proprio motu* power is provided for in the Basic Laws.

traditions on the two sides of the hard-border. Having interpreted the provisions of the Basic Law at stake in one way and disposed of the case accordingly, the fiercely independent HKCFA even asserted, in *Marbury vs Madison* mode, its own authority to review the constitutionality of the acts of the most powerful organ of the PRC, the National People's Congress (NPC)²⁴. Reaction 'on the Mainland side of the border' was robust²⁵ and the standoff with the Central Authorities ended with a kind of silent compromise, according to which the concurrent 'final authority' of the two organs to interpret the Basic Law was upheld, with unspoken prominence assigned to the Standing Committee. Since then, the courts in Hong Kong have adopted a "soft controls" approach in order to avoid another direct confrontation²⁶.

Not long after, in 2003, tensions surfaced again at the political-societal level over the question of implementation of a law on national security as constitutionally instructed by Article 23 of the Basic Law, which provides that

"[t]he [...] Special Administrative Region shall enact laws on its own to prohibit any act of treason, secession, sedition, subversion against the Central People's Government, or theft of state secrets, to prohibit foreign political organizations or bodies from conducting

²⁴ *Ng Ka Ling (1)*, par. 64, 65.

²⁵ The Mainland scholarly reaction to the assertion of the HKCFA is one example. See WEIYUN, Xiao and others, *Why the Court of Final Appeal Was Wrong: Comments of the Mainland Scholars on the Judgment of the Court of Final Appeal*, in *Hong Kong's Constitutional Debate, Conflict over Interpretation*, CHAN, FU, GHAI (eds), Hong Kong University Press, 2000, p. 55 and 56: "the judgment which said that the CFA could review whether a decision of the NPC Standing Committee was consistent with the Basic Law was *patently wrong*" (opinion of Xiao Weiyun, emphasis added); the circumstance that the jurisdiction of the CFA is, in nature, that of a sovereign power was considered "ridiculous" (opinion of Shao Tianren).

²⁶ See its efforts to find innovative confront-avoidance devices, for example, in *Ng Ka Ling & Others v. Director of Immigration (No 2)*, 26 February 1999; *HKSAR v. Ng Kung Siu*, (1999) 2 HKCFAR 442; *Director of Immigration, v. Chong Fung Yuen*, [2001] HKCFA 48). See also Benny Tai, 'The Judiciary', in *Contemporary Hong Kong Government and Politics, Expanded Second Edition*, eds WAI-MAN, Lam, LUI, Percy Luen-tim, Wilson Wong, (Hong Kong University Press, 2012), (n. 86) 77-8.

political activities in the Region, and to prohibit political organizations or bodies of the Region from establishing ties with foreign political organizations or bodies”²⁷.

Implementation roundly failed²⁸ and, in the following year, controversy arose again in relation to constitutional development on the question of universal suffrage²⁹, highlighting the different views over the pace of democratization that is desired by many in Hong Kong and the one that is found more adequate by the Central Authorities. In the face of another ambiguous provision of the Basic Law over who has the initiative to start the process for amending the rules for selecting the Chief Executive of the SAR and electing its Legislative Assembly³⁰, the Standing Committee issued its second interpretation³¹

²⁷ Article 23 of the Basic Laws.

²⁸ Consider the following account in GITTINGS, Danny, *Introduction to the Basic Law*, Hong Kong Univ. Press 2013, p. 106: “an extreme example of this came during more than 180 hours of scrutiny by the Legislative Council of the National Security (Legislative Provisions) Bill in early 2003. This controversial bill primarily sought to implement the requirement in Article 23 [...]. But it aroused so much opposition during the legislative process that the government was forced to table three revised versions of the bill and 51 amendments, some making major changes to its original proposals. However, all these changes failed to appease the bill’s critics. Instead, the highly publicized process of legislative scrutiny arguably only intensified public opposition. As a result, after a massive street protest by more than half a million people on 1 July 2003, legislators who had previously promised to support the bill changed their minds. Lacking enough support in the Legislative Council to secure its enactment, the executive was left with no choice but to withdraw the bill just days before it was due to be put to a vote”.

²⁹ According to the Basic Law of Hong Kong the “ultimate aim[s]” are “the selection of the Chief Executive by universal suffrage upon nomination by a broadly representative nominating committee in accordance with democratic procedures” and “the election of all the members of the Legislative Council by universal suffrage”. HKBL, Articles 45 and 68.

³⁰ See Annexes I and II of the Basic Laws.

³¹ The Interpretation by the Standing Committee of the National People’s Congress of Article 7 of Annex I and Article III of Annex II to the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China (Adopted at the Eighth Session of the Standing Committee of the Tenth National People’s Congress on 6 April 2004).

and effectively took control of the whole process of changes in the electoral system³².

The situation seemed calm for almost a decade, but the recent ‘Occupy Central standoff’, where tens of thousands occupied Central Hong Kong for months, has highlighted that, after two decades of the return of Hong Kong to the PRC, “one country, two systems” is still being finely shaped ‘as we go’. On the aftermath of the standoff, the Standing Committee intervened again by issuing another interpretation. In this 2016 interpretation, the provision of the Basic Law at stake related to the taking of oath by public officials. As a result of the interpretation, two directly elected representatives, who flirt with the idea of independence for Hong Kong, were disqualified from their seats in the Legislative Council. While taking the oath of office, the two youngsters pledged allegiance to the “two systems” part of the oath but fudged the part relating to “one country”. Also somewhat as a consequence of the standoff, the most recent constitutional move by the Standing Committee consisted of adding the national anthem law to Annex III of the Basic Law. It is not legally clear, as of yet, whether this law creates an obligation for Hong Kong to criminalize acts that correspond to a legitimate exercise of the freedom of expression, at least as this freedom was understood within the previous “way of life” that is to be maintained for 50 years³³.

All these developments have been shaped by the complex dynamics of the relationship between, on the one hand, the forces for democratization and the courts in Hong Kong, particularly, the HKCFA and, on the other hand, the Central Authorities, a prominent legal and precision guided role being exercised by the Standing Committee and its interpretations³⁴. The constitutional picture is that of a bizarre

³² On this interpretation, see DAVIS, Michael, *Interpreting Constitutionalism and Democratization in Hong Kong, Interpreting Hong Kong’s Basic Law: The Struggle For Coherence*, FU, Hualing, HARRIS, Lison and YOUNG, Simon N.M. (eds.), Palgrave, 2007, p. 79-81.

³³ The decision to add the National Anthem Law to Annex III was made on 4 November 2017.

³⁴ In fact, although – in relation to issues that the Standing Committee perceives to be “one country” issues – the intervention by the center has been robust, it is remarkable how “very cautiously” the Standing Committee has been exercising its power and it is definitively true that, at least in relation to

mesh of different interpretative techniques, decision-making habits and ‘policy oriented versus rule of law oriented decisions’, all of which supposedly producing legal effects within the same jurisdiction. The result is a constitutional system with overlapping layers and operating logics that, possibly, are an inevitable and already ingrained part of “one country, two systems”.

In Macau, a smaller, and less unruly, territory, things are less rowdy³⁵. In fact, clashes between the institutions of the Macau SAR and the Central Authorities are unheard of. Two major factors explain the Macanese reality. First, unlike in the case of Hong Kong, there are no provisions in the Macau Basic Law mandating a progressive development towards universal suffrage³⁶. Second, courts in Macau do not normally assert the same type of constitutional authority as their Hong Kong counterparts do³⁷.

uncontroversial autonomic matters, in which the “larger China” is clearly not an interested party, the Standing Committee and other Central Authorities have let Hong Kong’s autonomy work on its own. GITTINGS, Danny, *Introduction To The Hong Kong Basic Law*, 2nd Edition, Hong Kong University Press, 2016, p. 6 and 310.

³⁵ Of note is that, unlike the case of Hong Kong, Macau passed a Law on National Security smoothly, as mandated by Article 23 of the Basic Laws. Also of note is that a Member recently elected to the Legislative Assembly of Macau was suspended from office by his peers as a result of pending criminal proceedings for (illegally) disobeying police orders during a demonstration. Upon a (relatively reduced) sentence of 120-day fine, amounting to about 5000 US dollars, the young legislator has since retaken his seat in the territory’s legislative body.

³⁶ Provisions merely establish the possibility of altering the method of selecting the Chief Executive and the method for forming the Legislative Assembly. See Annex I and II MBL.

³⁷ Compare the following statement of the HKCFA, “[l]ike other constitutions, [the Basic Law] distributes and delimits powers, as well as providing for fundamental rights and freedoms. As with other constitutions, laws which are inconsistent with the Basic Law are of no effect and are invalid. Under it, the courts of the Region have independent judicial power within the high degree of autonomy conferred on the Region” (HKCFA, LING, Ng Ka, par. 64 (emphasis added)) with this one of the Macau CFA: “[a]lthough the Basic Law of Macau shares the characteristics normally associated with the political constitutions of states, *formally it is not a constitution* because the Macau SAR is not a State”. See Tribunal de Última Instância, Case n. 28/2006, 18 July 2007 (emphasis added). Examples of deference of courts in Macau to ordinary legislation

2. JUDICIAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS IN THE SPECIAL ADMINISTRATIVE REGIONS

As explained in Part I, the proper operation of “one country, two systems” is rather complex. Judicial cooperation in criminal matters is no exception and, arguably, is a textbook illustration of how such complexity translates into a perplexing state of affairs. The Basic Laws enshrine a slightly enigmatic norm on how judicial cooperation *tout court* might take place between each of the SARs and other parts of the country. According to Articles 95 HKBL and 93 MBL

“[t]he Special Administrative Region[s] may, through consultations and in accordance with law, maintain *judicial* relations with the judicial organs of other parts of the country, and they may render assistance to each other”³⁸.

There are no news of these provisions ever being used as grounds for a specific case of judicial cooperation in criminal matters, namely, for the surrender of fugitives³⁹. Scholars and others have since long

in detriment of constitutional norms can be found in LEMOS Miguel, “Os ‘crimes incaucionáveis’ no Código de Processo Penal de Macau”, *Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Volume II, Studia Iuridica, Universidade de Coimbra, Maio, 2018; LEMOS, Miguel, *Direitos Fundamentais e Processo Penal: o Habeas Corpus, o Direito ao Recurso de Decisão Condenatória e as Funções de Tutela de Direitos Fundamentais do Tribunal de Instrução Criminal*, *Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM, Direitos Fundamentais – Consolidação e Perspectivas de Evolução*, Coord. ALVES, Leonel e CARDINAL, Paulo, 2016, p. 257-267. Notwithstanding, as explained in Part III, in some cases, courts in Macau have asserted a robust, but perhaps ineffective, type of constitutional authority.

³⁸ See Articles 95 HKBL and 93 MBL (emphasis added). On the term “judicial”, see BRABYN, Janice M., *Extradition and the Hong Kong Special Administrative Region*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 20, 1988, p. 171, 172.

³⁹ This Article will focus only on this specific aspect of judicial cooperation in criminal matters, which is not only the most symbolic aspect of this type of cooperation but also the one that has raised more controversy in Hong Kong and Macau. Legislation in Hong Kong on judicial cooperation in criminal matters *tout court* includes the Fugitive Offenders Ordinance (FOO); the Transfer of Sentenced Persons Ordinance and the Mutual Legal Assistance Ordinance (including ‘assistance in relation to the taking of evidence and the production of Things’, ‘assistance in relation to search and seizure’, ‘assistance in relation

argued that the legal and political solution for the impasse thus created is in the adoption of agreements between the SARs and the Mainland⁴⁰. Although news of on-going conversations between the SARs and the Central Authorities on these agreements are recurrent, none has seen the light of day yet⁴¹. As a result, cooperation between the SARs and the Mainland has been left in a legal limbo. As further developed in Part III, this has led to interesting legal questions and peculiar decisions by courts.

to production etc. of material', 'transfer of persons to give assistance in relation to criminal matters', 'assistance in relation to confiscation, etc. of proceeds of crime' and 'service/certification of documents'); the Drug Trafficking (Recovery of Proceeds) Ordinance 1986; and Hong Kong Evidence Ordinance. BRABYN, Janice, *Inter-jurisdictional Co-operation in Criminal Matters: Extradition, Mutual Legal Assistance, Prisoner Transfer to and From the HKSAR*, in WACKS, R. (ed), *The New Legal Order in Hong Kong*, Hong Kong: Hong Kong University Press, 1999, p. 149-156 (on cooperation with the Mainland, see *ibidem*, p. 157-159). In Macau, the applicable main piece of legislation is Law 6/2006, on judicial cooperation in criminal matters. According to Law 6/2006, judicial cooperation in criminal matters encompasses the surrender of fugitives, transfer of proceedings, execution of criminal penalties, transfer of sentenced persons, surveillance of sentenced persons or persons on parole and other forms of judicial cooperation in criminal matters.

⁴⁰ The use of the expression “the Special Administrative Region[s] may”, which logically also implies “may not”, surely reinforces the argument that the adoption of some sort of negotiated agreements between the Mainland and the SARs to regulate judicial cooperation in criminal matters is not excluded from the scope of the provision. On this see BINGZHI, Zhao, *Estudo sobre a questão da cooperação judiciária em matéria penal entre o interior da China e as Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e de Macau*, *Revista Jurídica de Macau*, número especial, 2004, p. 74-80, particularly, p. 79-80; As of today, it seems settled that the most appropriate method to deal with the issue is through negotiated agreements or arrangements between the Central Authorities and the SARs. Of note is that several arrangements were already made and are in force between the two SARs. On criminal matters, see *Arrangement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region and the Government of the Macau Special Administrative Region on the Transfer of Sentenced Persons*, signed in Hong Kong on 20.5.2005 and *Cooperative Arrangement between Correctional Services Department of the Hong Kong Special Administrative Region and Macao Prison of the Macao Special Administrative Region*, signed in Macao on 29.3.2006. On these agreements and transfer of sentenced persons within the PRC in general, see WAN, Choy Dick, *Prisoner Transfer between Hong Kong and Mainland China: A Preliminary Assessment*, *Brooklyn Journal of International Law*, 2008, p. 500-501.

⁴¹ On why the conclusion of these agreements has proved so difficult, see Part. III.

In contrast, judicial cooperation in criminal matters between the SARs and foreign countries runs quite smoothly⁴² under the normal principles applicable to judicial cooperation in criminal matters. In general, under a broad authorization of the Central People's Government for the SARs "to conduct relevant external affairs on [their] own in accordance with [the Basic Laws]"⁴³, this cooperation is conducted by the SARs' Governments pursuant to their powers "to maintain and develop relations and conclude and implement agreements with foreign states"⁴⁴. In particular, such cooperation is conducted, "with the assistance or authorization of the Central People's Government", in order to "make appropriate arrangements with foreign states for reciprocal juridical assistance"⁴⁵.

Several such arrangements have been concluded and "have taken the form of either bilateral agreements⁴⁶ or multilateral conventions⁴⁷ that are applied [in the SARs]"⁴⁸.

⁴² This conclusion is subject to a more careful assessment, which cannot be carried out in this Article, of the Snowden case. On this case, see KIELSGARD, Mark D. and IP, Ken Gee-Kin, Hong Kong's Failure To Extradite Edward Snowden: More Than Just A Technical Defect, 13 *Rich. J. Global L. & Bus* 49, Spring, 2014, arguing that extradition from Hong Kong to the United States would probably not have been granted by Hong Kong courts if Snowden had remained in Hong Kong.

⁴³ HKBL 13, MBL, 13.

⁴⁴ HKBL 151, MBL 136 (emphasis added).

⁴⁵ HKBL 96, MBL 94.

⁴⁶ The Government of the HKSAR has so far signed agreements with twenty jurisdictions on the surrender of fugitive offenders. For a list of List of Surrender of Fugitive Offenders Agreements in Hong Kong see <https://www.doj.gov.hk/eng/laws/table4ti.html>. It has also signed agreements on mutual legal assistance in criminal matters with thirty-two foreign jurisdictions. <https://www.info.gov.hk/gia/general/201806/20/P2018062000419.htm>. For the less extensive list of agreements on judicial cooperation in criminal matters in force in Macau, see <https://www.io.gov.mo/pt/legis/int/list/bilat/juridical>.

⁴⁷ In Hong Kong, several multilateral treaties containing obligations regarding surrender of fugitives and "requiring enabling legislation especially given their extraterritorial application" apply. LIM, C.L. & MUSHKAT, R., External Affairs, in CHAN, J.M.M. Chan & LIM, C.L. (eds), *Law of the Hong Kong Constitution*, 2nd ed (Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2015), p., p. 112, marg. 3087, n. 120. For Macau, see <https://www.io.gov.mo/pt/legis/int/list/multi/crime>.

⁴⁸ LIM, C.L. & MUSHKAT, R., External Affairs cit., p., p. 112, marg. 3087.

The constitutional, international and legal framework applicable to the surrender of fugitives between the SARs and foreign states is vast and mostly raises the same legal questions as in other places in the world. It suffices to provide an overview of the main principles applicable in each of the SARs, which can be found in the two main pieces of legislation relevant to the matter: in Hong Kong, the above-mentioned Fugitive Offenders Ordinance (Cap. 503) and, in Macau, the above-mentioned Law 6/2006. The process of the surrender of fugitives is executed in both SARs by means of decisions of the Chief Executives⁴⁹ and courts⁵⁰. Notification of the process to the Central People's Government is required⁵¹.

According to prevailing opinion such arrangements, laws and decisions “have largely followed [...] international practice, in terms of both the conditions set out for the surrender of fugitive offenders and the required safeguards”⁵².

⁴⁹ Section III of the FOO, in Hong Kong, and Article 22 Law 6/2006, in Macau. See also Articles 48 (9) HKBL and 50 (13) MBL (“the Chief Executive[s] of the [...] Special Administrative Region[s] shall [...] conduct, on behalf of the Government[s] of the Special Administrative Region[s], external affairs and other affairs as authorized by the Central Authorities”) and Articles 62 (3) HKBL and 64 (3) MBL (“[t]he Government[s] of the [...] Special Administrative Region[s] shall [...] conduct external affairs as authorized by the Central People's Government under this Law”)

⁵⁰ On the procedure, in Hong Kong, see FOO, Sections 6-16. For a summary in the Macau case, see FERREIRA, Ilda Cristina, *The Surrender of Fugitives offenders in Macao SAR*, 2016, p. 307, 308.

⁵¹ See, in Hong Kong, Section 24 of the FOO and, in Macau, Law 3/2002. The Central People's Government may issue instructions to the Chief Executive of the SARs “to take, or not to take, an action”. See particularly Section 24 (3) FOO and Article 4 Law 3/2002. See also Articles 48 (8) HKBL and 50 (12) MBL (“the Chief Executive[s] of the [...] Special Administrative Region[s] shall [...] implement the directives issued by the Central People's Government in respect of the relevant matters provided for in this Law”). Such is a consequence of the circumstance that the Central People's Government is the responsible body for all matters affecting foreign affairs and defense. See KIELSGARD, Mark D. and IP, Ken Gee-Kin, *Hong Kong's Failure To Extradite Edward Snowden*, cit., p. 52, informing that “Hong Kong has traditionally exercised its authority without interference from the Central Government [and that] there is no credible evidence suggesting that the [Central government] has ever directly overridden the Hong Kong Courts on extradition issues in the past”.

⁵² LIM, C.L. & MUSHKAT, R., *External Affairs* cit., p. 112, marg. 3087 (speaking of the Hong Kong case). See also FERREIRA, Ilda Cristina, *The Surrender of*

As to the *substantive* conditions required for cooperation to proceed, one can find some normal rules on the matter that are common to both SARs, including ‘double criminality’⁵³, ‘speciality’ and ‘no re-surrender to a third jurisdiction’⁵⁴, ‘*non bis in idem*’⁵⁵, ‘no political offences’⁵⁶, ‘no discrimination’⁵⁷, and ‘no surrender if death penalty’.⁵⁸

Some differences do exist. Below are just some examples.

Under the influence of Portuguese law, the same legal framework that applies in both jurisdictions to ‘no surrender if death penalty’⁵⁹ applies in Macau (but not in Hong Kong) to life imprisonment and to penalties of indefinite duration⁶⁰.

Under the influence of British law, there is in Hong Kong the requirement that a ‘*prima facie* case [be made] on the face of available evidence’⁶¹. Although such a safeguard does not exist under Law 6/2006 in Macau, which actually prohibits such an undertaking⁶², there is room for the Chief Executive of Macau to refuse cooperation when the manifest insufficiency of evidence would make cooperation contravene the international public order of the PRC and/or of the Macau SAR⁶³.

Fugitives offenders in Macao SAR cit., p. 303 (speaking of the Macau case).

⁵³ Minimum requirement of: more than 12 months (Hong Kong); not below one year (Macau). See Foo, Section 2 (2) and Law 6/2006, Article 32 (2).

⁵⁴ See, for Hong Kong, Section 5 (2) to (7) FOOO. For Macau, see 46 (3) Law 6/2006.

⁵⁵ Section 5 (1) e FOO; 9 and 20 Law 6/2006.

⁵⁶ 5(1) a FOO; Article 8 Law 6/2006.

⁵⁷ Section 5 (1) c, d FOO; Article 7 (1) 2 Law 6/2006.

⁵⁸ No extradition if death penalty or if no assurances it will not be imposed or executed. Section 13 (5) FOO; Article 7 (1) 7 and 7 (2) 1 and 2 of Law 6/2006.

⁵⁹ See footnote 56.

⁶⁰ Article 7 (1) 6 and 7 (2) 1 and 2 of Law 6/2006.

⁶¹ Section 10 (6) b iii of the FOO. (“the evidence in relation to the offence would be sufficient to warrant the person’s committal for trial according to the law of Hong Kong if the offence had been committed within the jurisdiction of that court or any other court”).

⁶² Article 48 (3) Law 6/2006 (“no evidence whatsoever is admitted on the facts alleged against the person”).

⁶³ Article 48 (2) Law 6/2006 (“[t]he administrative phase is of the responsibility of the Chief Executive and is intended to assess whether the request for

Similarly, “in line with the practice in common law jurisdictions not to refuse surrender of own nationals, the Government [of Hong Kong does] not refuse to surrender nationals of China or Hong Kong Permanent Residents”⁶⁴, albeit Section 13 (4) of the FOO provides for the “right to refuse the surrender of Chinese nationals”. Apparently, this provision has

“so far not been invoked and was intended to be used very rarely. The main reason for such a provision in surrender of agreements for the surrender of fugitive offenders was to cover a situation in future where arrangements existed to permit the rendition of persons from HKSAR to the Mainland, and both PRC and the requesting foreign jurisdiction had jurisdiction concurrently over the same offence. Such a provision would enable priority to be given to a Mainland request for the rendition of a Mainland Chinese national over a foreign request for the extradition of the same person for the same offence”⁶⁵.

In Macau, in line with Portuguese and continental law practice, surrender is refused if the person is (1) a Chinese national non-resident of Macau or (2) a resident of Macau⁶⁶. Interestingly, the principle *aut dedere aut judicare* only seems to apply to the latter case; not to the former. It seems that the rationale of the norm consists of the following: while the resident of Macau *must* be prosecuted in Macau, the Chinese

surrender of a fugitive [...] should be declared inadmissible for reasons of political order or opportunity or convenience”). On this see COSTA, Miguel João, *Dedere aut judicare? A decisão de extraditar ou julgar à luz do direito português, europeu e internacional*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Junho 2014, p. 27, 28, reasoning on the Portuguese law on cooperation and arguing that in such cases there is a *duty* for the Government, and even for the judiciary, to refuse cooperation. See also DIAS, Jorge de Figueiredo, *Algumas questões em tema de extradição e de sede do crime [anotação]*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 118 (1985), p. 15 and ff.

⁶⁴ LIM, C.L. & MUSHKAT, R., External Affairs cit., p. marg. 3087, n. 123.

⁶⁵ Subcommittee on Fugitive Offenders (Finland) Order Background brief prepared by the Legislative Council Secretariat. https://www.legco.gov.hk/yr05-06/english/hc/sub_leg/sc53/papers/sc530306cb2-1290-2e.pdf.

⁶⁶ Article 33 (1) 2 and 3 Law 6/2006. In the case of a resident of the Macao SAR an exception exists if the request is made by the state of the persons' nationality or when the obligation to surrender flows from a self-executing norm in a treaty applicable to Macau.

national non-resident of Macau *must* be surrendered for prosecution to the authorities of the Mainland, which *would then be under the obligation* to prosecute the person. Arguably – taking into account that there is a legal vacuum on the question of surrender of fugitives to the Mainland and, hence, such surrender is illegal⁶⁷ – there is a loophole in Law 6/2006, as the person turns out to be subject neither to surrender to the Mainland nor to prosecution in Macau⁶⁸.

In relation to ‘convictions in absentia’, surrender is automatically denied by the Hong Kong authorities if “the person (A) has not had an opportunity of being tried in his presence for that offence; and (B) if surrendered, would not have an opportunity of being re-tried in his presence for that offence”⁶⁹. In Macau, apparently, such denial is not automatic, albeit there is the possibility for cooperation not to proceed if “[c]opy of the legal texts relating to the possibility of appealing the decision or retrial, [if conviction in absentia]” is not provided⁷⁰.

Although there are some important differences, the overall resemblance between the constitutional, international and legal frameworks of the two SARs on this issue is relatively high. Therefore, it is not hard to predict that, if they ever see the light of day, the cooperation agreements to be established between each of them and the Mainland will be similar⁷¹, irrespective of whether or not many, or some, of these rules are suitable to, or will actually apply to, the future “one country, two systems” surrender of fugitives cooperation⁷².

⁶⁷ See decisions of the Court of Final appeal of Macau below Part III.

⁶⁸ On this, see LEMOS, Miguel, “Direitos Fundamentais e Processo Penal: o Habeas Corpus”, cit., p. 265. See also Part III.

⁶⁹ 5 (1) b ii of the FOO.

⁷⁰ See Articles 46 (2) 6, 47 and 48 of Law 6/2006.

⁷¹ See also BINGZHI, Zhao, “Estudo sobre a questão da cooperação judiciária em matéria penal”, cit., p. 46-47.

⁷² Note, however, that this does not mean that the rules to be included in such agreements have to follow closely the substantive or procedural rules of *international* cooperation on judicial matters currently in force in the SARs. Possibly having this in mind, the HKSAR Security Bureau has already suggested that the “usual safeguards” included in the legislation of Hong Kong would be merely “of useful reference”, thereby hinting that there is no “legal obligation to include these safeguards” in future agreements. See YEE, Marsha

3. THE SURRENDER OF FUGITIVES TO MAINLAND CHINA

By definition, surrender of fugitives within the PRC is not a question of *international* judicial cooperation in criminal matters but of *internal* judicial cooperation. The legally complex problem lies in that very unlike constitutional documents and laws govern the Mainland and SARs. Thus, under the uniqueness of “one country, two systems” described in Part I, the framework for cooperation on surrender of fugitives that one day might take shape between the Mainland and the SARs will certainly be rather *sui generis*⁷³.

Indeed, the main difficulty on the conclusion of a general agreement on judicial cooperation on criminal matters lies, more than anything else, in the issue of surrender of fugitives. The nature of the difficulty was well depicted by Margaret Ng. While the government of

Wellknown, Hong Kong’s legal obligation to require fair trial for rendition, 102 *Colum. L. Rev.* 1373, June, 2002, p. 1383. That is certainly true, as long as the rules of Basic Laws of the SARs are respected. The fact that Articles 95 HKBL and 93 MBL are also constitutional rules does not mean that *unlimited leeway* for any type of cooperation whatsoever is to be deemed in accordance with the Basic Laws. See also GUOQIANG, Zhao, Auxílio judiciário mútuo inter-regional na China sob as condições de ‘um país, dois sistemas’, *Revista Jurídica de Macau*, N° Especial, 2004, p. 105-109. In other words, Articles 95 HKBL and 93 MBL have to be interpreted in harmony with the other rules of the Basic Laws, including the constitutional rules of international origin that have constitutional force in the SARs, most prominently the rules of the ICCPR, whose constitutional rank in the SARs derives from Article 39 HKBL and 40 MBL. Similarly, special attention must be paid to the fundamental aspects of the law previously in force in Hong Kong and Macau. See Joint Declaration on the question of Hong Kong, par. 3 (3), and Joint Declaration on the question of Macau, par. 2 (4): “the fundamentals of the law currently in force in Hong Kong [and Macau] will remain basically unchanged”. This wording flows from the Chinese version of the Joint Declarations (“现行的法律基本不变”). Less accurately, the English and Portuguese versions state that [t]he laws currently in force in Hong Kong [and Macau] will remain basically unchanged”. Of course, not all the laws will remain basically unchanged; laws can be even revoked. What should remain basically unchanged are the fundamentals aspects of the legal system previously in force.

⁷³ On two grounds for refusal that might prove controversial in the Mainland-SARs context, namely the “death penalty” and “political offence” exceptions, see BRABYN, Janice, *Inter-jurisdictional Co-operation in Criminal Matters* cit. p. 160.

Hong Kong affirmed that dual criminality would be a requirement to be included in any such agreement, Ng put forward that:

“this sort of safeguard *will not be good enough* for the realities of a Mainland-HKSAR agreement, because the problem here lies in the two extremely different legal and judicial systems, particularly relating to the recognition of fundamental rights, including the right to an open and fair trial. Hence the bottom line for the negotiation for a rendition agreement must be no rendition of any person from Hong Kong without guarantee for his rights, including the right of an open and fair trial by international human rights standards. One can see the difficulty of the HKSAR government officials in putting forward a position which acknowledges a deep mistrust in the mainland system. It is probably far too impolite to speak the truth. However, until and unless this problem is overcome, Hong Kong will not be better off with a rendition agreement”⁷⁴.

And thus, as agreements and/or laws setting up the general legal framework governing these cases have yet to be concluded or enacted, one could be led to think that internal cooperation for the arrest and surrender of fugitives between the SARs and the Mainland is stalled. In other words, the absence of specific norms on how to restrict the constitutional “inviolable freedom” of persons⁷⁵ for the purpose of arrest and

⁷⁴ LO, Shiu Hing, *The Politics of Cross-Border Crime in Greater China: Case Studies of Mainland China, Hong Kong, and Macao (Hong Kong Becoming China)*, (East Gate, 2009), p. 182 (emphasis added). On requiring fair trial for rendition, see YEE, Marsha Wellknown, *Hong Kong’s legal obligation to require fair trial for rendition* cit.

⁷⁵ In the SARs, relevant constitutional norms include Article 28 HKBL and MBL (“[t]he freedom of the person of [...] residents shall be inviolable. No [...] resident shall be subjected to arbitrary or unlawful arrest, detention or imprisonment. Arbitrary or unlawful [...] deprivation or restriction of the freedom of the person shall be prohibited”); Article 31 HKBL and Article 33 MBL (“[u]nless restrained by law, holders of valid travel documents shall be free to leave the Region without special authorization”); Article 39 HKBL and Article 40 MBL (“[t]he rights and freedoms enjoyed by [...] residents shall not be restricted *unless as prescribed by law*”) (emphasis added); Article 41 HKBL and Article 43 MBL (“[p]ersons in the [...] Special Administrative Region[s] other than [...] residents shall, in accordance with law, enjoy the rights and freedoms of [...] residents”). See also Articles 9, 12 and 13 of the ICCPR.

surrender of fugitives within different jurisdictions of the PRC would constitute an unsurmountable obstacle to cooperation on this matter⁷⁶.

Reality is a bit more complex. On the one hand, the alleged mistrust has long only worked one-way. From the Mainland side of the border, authorities have frequently surrendered back to Hong Kong and Macau fugitives suspect to having committed crimes in Hong Kong and Macau⁷⁷. On the other hand, from the SARs side of the border, cooperation has also for long been ‘kind of’ alive.

⁷⁶ In relation to Hong Kong, as part of the British Empire, the absence of a prerogative power to extradite can be traced back to 1815. BRABYN, Janice, Inter-jurisdictional Co-operation in Criminal Matters cit. p. 135, n. 9. See also, on the Macau case, OLIVEIRA, Jorge Costa, Macau SAR Inter-Regional Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution. Essays on Macau’s Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Springer- Verlag Berlin Heidelberg, 2009, p. 568 (“assistance that is not covered or foreseen by law is unlawful and therefore cannot be rendered”).

⁷⁷ This apparent existence of a non-reciprocal relationship is officially alleged. The former Secretary for Justice in Hong Kong, Elsie Leung, reportedly affirmed that “[n]ormally, fugitive offenders will be sent back to Hong Kong but the practice is not reciprocated for mainland criminals”. LIM, C.L. & MUSHKAT, R., External Affairs cit., p. 115, n. 136. According to CHEUNG, Elsie, between 1990 and 1998, 128 fugitives were returned from the Mainland. LO, Shiu Hing, *The Politics of Cross-Border Crime in Greater China*, p. 180. See also BRABYN, Janice M., Extradition and the Hong Kong Special Administrative Region cit., p. 183-185, alluding to a case where the Mainland returned a fugitive to Macau. This informal co-operation based upon ‘tacit understandings’ was described in 1994 by Regina Yip, then Assistant Secretary in Hong Kong, as follows: “[i]f we suppose there are [Hong Kong] criminals in China, we send [the authorities] intelligence and information about them. We don’t ask for them back, though, because that would be extradition and Hong Kong would need a legal basis for it. [If the Chinese authorities found the Hong Kong criminals] they expelled them as ‘unwelcome persons’, which was not extradition”. BRABYN, Janice, Inter-jurisdictional Co-operation in Criminal Matters, cit. p. 157, 158. See also YEE, Marsha Wellknown, *Hong Kong’s legal obligation to require fair trial for rendition* cit., p. 1375, 1376, informing that “[t]he polities currently have a one-way administrative arrangement through which the Mainland returns HKSAR residents to the HKSAR for investigation or trial if they are suspected of having committed offences solely in the HKSAR; the Mainland has not surrendered its own residents to the HKSAR; [t]he HKSAR, in contrast, has not returned anyone to the Mainland because such an action “cannot be done in the absence of a formal arrangement which is supported by legislation’ ”.

Actually, provisions directly on point have existed in the past and they suggest a not very demanding kind of cooperation. In Hong Kong, some ordinances were enacted to give effect to Article IX of the 1843 Supplementary Treaty of Bogue⁷⁸, which provided that,

“[i]f lawless Natives of China, having committed crimes, or Offences, against their own Government, shall flee to Hongkong or to the English Ships of War or English Merchant Ships for refuge; they shall, if discovered by the English Officers, *be handed over once to the Chinese Officers for trial and punishment*; or if, before such discovery be made by the English Officers, it should be ascertained, or suspected, by the Officers of the Government of China whither such criminals and Offenders have fled, communication shall be made to the proper English Officer, in order that the said criminals and Offenders may be rigidly searched for, seized, and, *on proof or admission, of their guilt, delivered up*”⁷⁹.

In Macau, centuries old seemingly *unconditional and expedite* practice received official stamp with the Treaty of Peking of 1887⁸⁰, which Article XLV provided in no uncertain terms that

“as to the surrender of Portuguese and Chinese criminals, with the exception of the Chinese criminals who take refuge in Macau

⁷⁸ On these ordinances, see BRABYN, Janice M., “Extradition and the Hong Kong Special Administrative Region”, *cit.*, p. 183-85.

⁷⁹ Treaty of the Bogue. Supplementary Treaty Signed By Their Excellencies Sir Henry Pottinger and Ki Ying Respectively, On The Part Of the Sovereigns of Great Britain and China, At the Bogue, 8th October 1843. As to British fugitives, the treaty provided that “[i]n like manner, if any Soldier or Sailor or other person, - whatever his Caste or Country, - who is a Subject of the Crown of England, shall from any cause, or on any pretence, desert, fly, or escape into the Chinese Territory, such Soldier, or Sailor, or other person, shall be apprehended and confined by the Chinese Authorities, and sent to the nearest British Consular; or other Government Officer. In neither else shall concealment or refuge be afforded”.

⁸⁰ The treaty was signed in 1 December 1887 and ratified in 28 April 1888. Treaty of Beijing, China-Port., Dec. 1, 1887, reprinted in Godfrey E.P. Hertset, *Treaties, Etc.*, between Great Britain and China and between China and Foreign Powers; and Orders in Council, Rules, Regulations, Acts of Parliament, Decrees, Etc., affecting British interests in China 422 (3d Ed. 1908).

and for whose extradition the governor of Macau *will continue to follow the practice thus far followed* upon receiving a request of the Vice-King of the two Quangs, it is agreed that, in the Chinese ports that are open to foreign commerce, the Chinese criminals that take refuge in the dwellings or on board of ships of Portuguese subjects, *will be arrested and surrendered to the Chinese authorities as soon as they so request to the Portuguese consul*⁸¹.

Irrespective of whether or not these provisions were commonly used and whether or not cooperation mostly escaped official channels, they lost their usefulness around seven decades ago due to the refusal by the PRC to take advantage of the “unequal treaties” or any related legislation⁸².

In fact, *official relations* between Hong Kong (Great Britain) and Macau (Portugal), on the one side, and the Mainland (China), on the other side, never proceeded without difficulty⁸³. Thus, it is not a wild guess that for centuries cooperation on this matter has mainly consisted of *in casu* practical – non-official or quasi-official – responses that follow ad-hoc informal procedures and are conducted by the police and/or the prosecutorial authorities of the old, and now of the new, Hong Kong and Macau⁸⁴. Although the available data on this issue is minimal, some

⁸¹ As to Portuguese fugitives, the treaty provides that “and, hence, also the Portuguese criminals that take refuge in China *will be arrested and surrendered to the Portuguese authorities as soon as they so request* to the Chinese authorities, *and no criminals shall be harbored by any of the parties and there will be no delay in their surrender*” (emphasis added).

⁸² On the Chinese authorities’ reliance, prior to 1939, upon Hong Kong ordinances on the surrender of Chinese citizens to the Mainland, see BRABYN, Janice M., *Extradition and the Hong Kong Special Administrative Region* cit., p. 185, n. 92. On the “unequal treaties”, see WANG, Dong, *China’s Unequal Treaties: Narrating National History*, Lexington Books, 2005.

⁸³ On this, for Hong Kong, see WANG, Dong Wang, *China’s Unequal Treaties: Narrating National History* cit., and, for Macau, PEREIRA, Francisco, *Portugal, China e a “Questão De Macau”* cit.

⁸⁴ Writing in 1988 Janice Brabyn considered that “it is possible that informal cooperation in the nature of disguised extradition on the part of Hong Kong may occur but the author has been unable to document this”. BRABYN, Janice M., *Extradition and the Hong Kong Special Administrative Region* cit., p. 183-85. Later on, the same author reported, in relation to Hong Kong, on: (1) “informal extradition of illegal immigrants, known or unknown fugitives

cases do come to public attention from time to time and enable us to have a glimpse on the nature of such long-standing *de facto* cooperation. This type of cooperation was always the natural consequence of the circumstance that, despite the fact that official ties with the Mainland have for centuries been under strain, Hong Kong and Macau were never *truly* separated from it, be it in a physical, economic, cultural, etc. sense⁸⁵. This *status quo* has not impressively changed with the return of Hong Kong and Macau to the “embrace of the Mainland”.

Overall, on a pragmatic note, it is important to keep in mind that the peculiar kind of *in casu* practical responses and ad-hoc informal procedures that have long been used to handle the “surrender of fugitives to Mainland China issue” are nothing more than controversial devices deployed to overcome the absence of a general framework that is long due⁸⁶.

amongst them”; (2) “escort of fugitives back to the mainland by PRC public security bureau personnel”; and (3) the possibility of “arrest and return to the PRC”. BRABYN, Janice, Extradition and the SARs After Reunification, *Macau Law Journal*, 2002, p. 82-86, also informing, in relation to Macau, on: (1) an “informal agreement as to extra-judicial surrender” between in the PRC and Macau; (2) a case where a foreigner was surrendered by the Macau police to the PRC authorities; (3) the circumstance that, since 1993, the PRC made five requests for surrender from Macau pursuant to the Portuguese Extradition Law of 1975. On formal surrender of fugitives from Hong Kong to Macau and “less formal co-operation between the authorities of the two jurisdictions [as] inevitable”, see Janice Brabyn, “Extradition and the SARs After Reunification”, p. 86. On “disguised extradition” which, at present, is possibly the most commonly used informal procedure ensuring that fugitives are surrendered to the Mainland, see below.

⁸⁵ As Professor Zhao metaphorically explains, “the relationship between Hong Kong, Macau and the Mainland is as close as that of between the lip and the teeth and as interdependent as that of as between the flesh and the blood”. GUOQIANG, Zhao, “Auxílio judiciário mútuo inter-regional na China sob as condições de “um país, dois sistemas”, *cit.* p. 101.

⁸⁶ This is one of those areas of law where the “normative force of constitutions” has to be confronted with the “normative force of facts” and, possibly, law is here “gravitating around itself”. CANOTILHO, Gomes, *As Palavras e os Homens, reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau, Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e no Direito Comparado*, 1999, p. 116. From both a political and constitutional/legal perspective, the *status quo* might be cause for concern but this is not the place carry an analysis from any of these perspectives.

In the new Hong Kong SAR, the “issue became a matter of controversy” soon after the handover, in 1998, when a Hong Kong resident was sentenced to death by a court in Guangzhou⁸⁷ and executed by shooting on 5 December 1998 for crimes allegedly also committed in Hong Kong⁸⁸. However, although controversy related to the possibility that crimes committed in Hong Kong could be punished in Mainland China, it was a clear case of *concurrent* jurisdiction and no surrender of fugitives issue was at stake⁸⁹. Other cases that came to public attention, where crimes apparently perpetrated only in Hong Kong were prosecuted in Mainland China, occurred in 1999⁹⁰ and 2003⁹¹. But again, no surrender of fugitives occurred in these cases. The controversial – but, in the opinion of the authors of this Article, rather unproblematic – legal issue in these cases only concerned the extra-territorial jurisdictional broad scope of the PRC’s Criminal Law, which purports itself to apply to Chinese citizens who commit crimes “outside the domain of the PRC”⁹². Although Hong Kong is

Concerning the former for obvious reasons. The analysis of the latter requires a longer engagement with the constitutional/legal norms applicable in each one of the SARs. It is not possible to undertake here such analysis, which can be found elsewhere. LEMOS, Miguel, *Direitos Fundamentais e Processo Penal: o Habeas Corpus cit.*, p. 257-267. For the purposes of this Article, it is more adequate to provide the readers with an overview of the cases that came to public attention, the reaction of courts and academics and the radically opposing views on how the problem should be handled. This is done immediately below in the main text.

⁸⁷ Capital of Guangdong, the PRC’s province bordering the SARs.

⁸⁸ LIM, C.L. & MUSHKAT, R., *External Affairs cit.*, p. 113, marg. 3088. See also CULLEN, Richard and FU, H.L., “Some Basic Limitations in the Basic Law Exposed”, *China Perspectives*, No 22 March-April 1999, p. 57, arguing that, in this case, there were “clear reasons” why the Hong Kong Government should have made a request for surrender of the fugitive through the informal “administrative arrangements” that exist to move suspects across the border.

⁸⁹ On this case, see LO, Shiu Hing, *The Politics of Cross-Border Crime in Greater China*, p. 180-183.

⁹⁰ LO, Shiu Hing, *The Politics of Cross-Border Crime in Greater China*, p. 180-183.

⁹¹ Mainland, HK plan talks on extradition, *China daily*, 5 December 2003, http://www.chinadaily.com.cn/en/doc/2003-12/05/content_287718.htm.

⁹² See Article 7 PRC’s Criminal Law. On the controversial nature over the meaning of the word “domain” used in Article 7 and the “proper demarcation of the scope of criminal jurisdiction of Hong Kong and China”, see LIM, C.L. & MUSHKAT, R., *External Affairs cit.*, p. 113, 114, marg. 3093.

manifestly not outside the domain of the PRC⁹³, there is no interpretation rule impeding Mainland courts to consider that the proper construction of such provision encompasses all places outside the territorial scope of the PRC criminal law, including Hong Kong and Macau⁹⁴.

The only case in the new Hong Kong SAR that came to public attention, and where such informal and ad-hoc procedures were used, is the case of Zhou Yongjun, one of the students leaders of the 1989 movement for democracy⁹⁵. Apparently, he was surrendered by Hong Kong authorities to the Mainland authorities⁹⁶ under what can be called a “disguised surrender”⁹⁷. Subsequently, he was prosecuted

⁹³ Article 1 of the Basic Laws state that “The [...] Special Administrative Region[s] [are] an inalienable part of the People’s Republic of China”.

⁹⁴ In general, see also CULLEN, Richard and FU, H.L., “Some Basic Limitations in the Basic Law Exposed”, p. 54-56. Some national laws relating to “one country” issues are listed in Annex III of the Basic Law and are applied in the SARs by way of promulgation or legislation by the SARs themselves. The PRC Criminal Law is not one of such laws. The Nationality Law is.

⁹⁵ LIM, C.L. & MUSHKAT, R., External Affairs cit., p. 113, marg. 3091.

⁹⁶ The press release of the Hong Kong Government on Zhou Yongjun’s case stated that “[w]e do not comment on individual cases. The Immigration Department has the responsibility to uphold effective immigration control. The department handles all entry applications in accordance with the law and immigration policy, having due regard to individual circumstances. In general, a passenger whose travel document does not meet the entry requirements will be repatriated to *his or her place of embarkation or origin*”. <http://www.info.gov.hk/gia/general/200910/12/P200910120217.htm> (emphasis added). Subsequently, the Government denied knowingly handed over the dissident. <https://www.scmp.com/article/705378/minister-denies-hk-knowingly-handed-over-dissident>. Under its immigration laws, the HKSAR may send back a Mainland resident who entered illegally or who entered legally but overstayed. Yee, Marsha Wellknown, Hong Kong’s legal obligation to require fair trial for rendition cit., n. 15.

⁹⁷ On this, see BRABYN, Janice M., Extradition and the Hong Kong Special Administrative Region cit., p. 183-185, considering that “[n]ormally, deportation or expulsion is intended simply to remove a person from the territory of a particular state. Then a deporting state has little interest in the destination of the deportee, except to ensure that it is one by which the deportee will be accepted. Sometimes the prime concern is to return a person to a particular state for criminal prosecution and punishment with deportation merely being the method selected to achieve this end. This is really extradition in disguise, hence the common term ‘disguised extradition’”. BRABYN notes that “deportation does not become a disguised extradition simply because

in the Mainland⁹⁸. But the most interesting event concerning this issue, and where an ‘unconditional and expedite’ kind of “disguised surrender” most probably occurred, relates with two 2007 and 2008 interesting decisions of the Court of Final Appeal in Macau⁹⁹. The issues in both decisions arise from two very similar situations. In both cases, Chinese citizens, permanent residents of the Hong Kong SAR, were arrested on arrival by ferry to the Hong Kong Maritime Ferry Terminal in Macau. Following the arrest, two *habeas corpus* requests were filed, in one case by the brother, in the other case by the sister, of the person under arrest. Moreover, in both cases the arrest related to crimes committed in the Mainland and an Interpol Red Notice¹⁰⁰ had been issued at the request of the Mainland authorities. Common to both cases is the existence of orders from an Adjunct Prosecutor “determining”, or “agreeing with”, the surrender of the person under arrest to the authorities of the Mainland. How the Macau CFA decided to tackle both cases was also similar. It relied on a provision of the Code of Criminal Procedure that, under the heading “surrender of

the authorities of the state to which a deportee is sent are coincidentally anxious to prosecute or punish the deportee for a criminal offense. The term ‘disguised extradition’ is only appropriate where achieving the function of extradition is one of the principal motivations for the deportation”. In effect, of relevance to this Article is only a forced deportation of a person through the border with the Mainland with the purpose of subjecting the person to criminal proceedings in the Mainland. It is not clear whether normally such ‘disguised extradition’ occurs by means of direct surrender of the person by the Hong Kong or Macau polices to the Guangdong police or through an expulsion through the border while the Mainland authorities await on the other side for the person to enter Mainland jurisdiction. In Macau, direct surrender might be the most common situation. See GUOQIANG, Zhao, Auxílio judiciário mútuo inter-regional na China sob as condições de “um país, dois sistemas” cit, p. 95, 101, describing a tacit agreement between the authorities of Macau and Guangdong on the surrender of fugitives from Macau back to the Mainland.

⁹⁸ MACARTNEY, Jane (21 January 2010), Chinese democracy leader Zhou Yongjun jailed for fraud, *The Times*.

⁹⁹ Decisão Tribunal de Última Instância 12/2007, 20 Março; Decisão Tribunal de Última Instância 3/2008, 12 Fevereiro.

¹⁰⁰ A Red Notice is a request to law enforcement worldwide to locate and provisionally arrest a person pending extradition, surrender, or similar legal action. <https://www.interpol.int/How-we-work/Notices/Red-Notices>.

delinquents”, reads: “surrender of delinquents to another Territory or State *is regulated by special law*”¹⁰¹.

As the only special law existing on this matter is the abovementioned Law 6/2006, which only applies to states or territories outside the PRC, the court determined that, *under the law*, an arrest and surrender cannot occur. However, the facts on the ground got ahead of the Macau CFA. In the first case, the court ordered the release of the person under arrest. That is not what the court should have done. The court should have “ordered, by phone if necessary, the immediate presentation of the detainee”¹⁰². Arguably, if the Macau CFA had proceeded as the law mandates, it would have been able to prevent the *de facto* surrender of the person to the authorities of the Mainland, which was possibly taking place at the same time the court was delivering its decision. In the second case, a year later, by the time the Macau CFA was going to deliver its decision on the *habeas corpus* request, it had already been informed that the person under arrest had been surrendered to the Mainland under the order of an Adjunct Prosecutor, a high-rank prosecutorial authority, second only to the Prosecutor of the Macau SAR. Faced with a blatant non-compliance with its previous decision, the CFA uttered the following surprising words:

“that is, considering that this court had already ruled, by Judgment of 20 March 2007, that it was unlawful to surrender the fugitive to the authorities of Mainland of China, [the Macau prosecutorial authorities] still persist in carrying out such surrender, with no law or agreement which provides for it, without allowing the person under arrest to defend him/herself and without an order from a judge. These acts discredit Justice, undermine the rule of law and do not benefit the Macau Special Administrative Region”¹⁰³.

¹⁰¹ Article 217 Criminal Procedure Code of Macau (emphasis added).

¹⁰² See Article 205 Criminal Procedure Code of Macau.

¹⁰³ Unusually, the composition of the court in this second case did not include any Chinese judge. The three judges delivering the decision were all Portuguese nationals.

The clash between the highest judiciary authorities of the Macau SAR is instructive. On the one side, the Macau CFA, emphasizing the rule of law, fundamental procedural rights and judicial supremacy, .i.e. Macau's 'second' system. Indeed, the legal values underlying the decision of the court surely merit respect, but the ultimate result of such stance – the Macau SAR may surrender fugitives to the whole world, except to Mainland China and Hong Kong – is difficult to stomach. On the other side, the prosecutorial authorities, highlighting a view that gives prevalence to the need to cooperate with the Mainland in the fight against crime and, possibly, a prevalence of politics over law¹⁰⁴. The need to effectively deal with criminality within “one country” surely also deserves respect, but a surrender decided by the prosecutorial/police authorities, without any substantive and procedural guarantees afforded to the person under arrest, is similarly hard to stomach.

CONCLUSION

While third options were available¹⁰⁵, what is more important to highlight in the conclusion of this Article is that this high level ‘judiciary clash’ is nothing but one extreme example of the difficulties, tensions or frictions inherent in attempts to find the proper operation of “one country, two systems”, an ingenious principle and idea and a multidimensional concept, which different layers, after two decades of implementation, are still unfolding.

¹⁰⁴ On law and international law as an instrument of politics in China, see CHIU, Hungdah, Communist China's Attitude Toward International Law, *The American Journal of International Law*, Vol. 60, No. 2 (Apr., 1966), p. 246-257. See also HUALING, Fu, XIAOBO Zhai, What makes the Chinese Constitution socialist?, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 16, Issue 2, (15 June 2018), on what makes the PRC constitution a socialist constitution and the still, at present, dire state of constitutionalism in the Mainland.

¹⁰⁵ See LEMOS, Miguel, Direitos Fundamentais e Processo Penal: o Habeas Corpus cit., p.264-267, arguing that the general provisions of Criminal Procedure Code of Macau provided sufficient grounds for the arrest of any fugitive searched through the Interpol system and that an analogical use of the provisions on arrest and surrender of Law 6/2006 might provide sufficient a *fortiori* grounds for the arrest and surrender of a fugitive to Mainland China.

Eleventh hour information: in what might possibly be a curious twist to this Article, and its reliance on the absence of Mainland-SARs agreements on this issue, a new unfolding event is taking place as we wrap up. Energized by the impossibility of extraditing to Taiwan a Hong Kong resident suspect of having killed his girlfriend in Taiwan¹⁰⁶, the Government of Hong Kong introduced a bill to the Legislative Council providing for the possibility of surrendering fugitives to Taiwan, the Mainland and Macau. If the bill passes, a new layer will be added to “one country, two systems” that might constitute a decisive step marking future cooperation on surrender of fugitives within “one country” for decades to come.

REFERENCES

BIAGI, Francesco, FROSINI, Justin O. and MAZZONE, Jason (eds.), *Constitutional History: Comparative Perspectives* (Brill forthcoming 2019).

BINGZHI, Zhao. Estudo sobre a questão da cooperação judiciária em matéria penal entre o interior da China e as Regiões Administrativas Especiais de Hong Kong e de Macau. *Revista Jurídica de Macau*, Macau, número especial, p. 74-80, 2004.

BRABYN, Janice “Extradition and the SARs After Reunification”, *Macau Law Journal*, 2002, p. 82-86.

BRABYN, Janice. Extradition and the Hong Kong Special Administrative Region. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Ohio, vol. 20, issue 1, p. 169-194, 1988.

BRABYN, Janice. Inter-Jurisdictional Co-operation in Criminal Matters: Extradition, Mutual Legal Assistance, Prisoner Transfer to and from the HKSAR. In: WACKS, Raymond(ed). *The New Legal Order in Hong Kong*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 1999.

¹⁰⁶ Taiwan (in Portuguese, also known as Ilha Formosa) is, according to the official position of the PRC, a part of China. It currently works as a small de facto country that it is not recognized as such by the overwhelming majority of the international community. It lies off the coast of the Fujian province of the PRC.

CANOTILHO, José J. Gomes. As Palavras e os Homens, reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau”, *Revista Jurídica de Macau, número especial sobre O Direito de Amparo em Macau e no Direito Comparado*, 1999, p. 11

CHAN, JMM. Why the Court of Final Appeal Was Wrong: Comments of the Mainland Scholars on the Judgment of the Court of Final Appeal. In: CHAN, J.M.M.; FU, H.; GHAI, Y. P. (eds.). *Hong Kong's Constitutional Debate, Conflict over Interpretation*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000.

CHAN, Johannes. From Colony to Special Administrative Region. In: CHAN, Johannes. LIM, CL (eds) *Law of the Hong Kong Constitution*. Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2015.

CHIU, Hungdah. Communist China's Attitude Toward International Law. *The American Journal of International Law*, Washington, vol. 60, issue 2, p. 246-257, 1966. <https://doi.org/10.2307/2197572>

COSTA, Miguel João. *Dedere aut judicare? A decisão de extraditar ou julgar à luz do direito português, europeu e internacional*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

CULLEN, Richard. FU, H.L. Some Limitations in the Basic Law Exposed. *China Perspectives*, vol. 22, p. 54-57, 1999.

DAVIS, Michael C. Interpreting Constitutionalism and Democratization in Hong Kong. In: FU, Hualing; HARRIS, Lison; YOUNG, Simon N.M. (eds.). *Interpreting Hong Kong's Basic Law: The Struggle For Coherence*. New York: Palgrave Macmillan, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, Algumas questões em tema de extradição e de sede do crime [anotação], *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 118 (1985).

FERREIRA, Ilda Cristina, The Surrender of Fugitives offenders in Macao SAR, 2016, p. 307, 308.

FU, H L. Supremacy of a Different Kind: The Constitution, the NPC, and the Hong Kong SAR. In: CHAN, Johannes M.; FU, H. L.; GHAI, Yash. (eds) *Hong Kong's Constitutional Debate. Conflict over Interpretation*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000.

GITTINGS, Danny. *Introduction to the Basic Law*. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2013.

GITTINGS, Danny. *Introduction to the Basic Law*. Second Edition. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2016.

GUOQIANG, Zhao, Auxílio judiciário mútuo inter-regional na China sob as condições de ‘um país, dois sistemas’, *Revista Jurídica de Macau*, Nº Especial, 2004, p. 105-109.

HUALING, Fu. XIAOBO, Zhai. What makes the Chinese Constitution socialist? *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 16, issue 2, p. 655-663, 2018. <https://doi.org/10.1093/icon/moy016>

KIELSGARD, Mark D. IP, Ken Gee-Kin. Hong Kong’s Failure To Extradite Edward Snowden: More Than Just A Technical Defect. *Richmond Journal of Global Law & Business*, Richmond, vol. 13, issue 1, p. 49-66, 2014.

LEE, Martin. A Tale of Two Articles. In: WESLEY-SMITH, Peter. CHEN, Albert H. Y. (eds.) *The Basic Law and Hong Kong’s Future*. Hong Kong: Butterworths, 1988.

LEMOS, Miguel Manero. Os “crimes incaucionáveis” no Código de Processo Penal de Macau. In: COSTA, José de Faria; et. al. *Estudos em Homenagem ao prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Volume II. Coimbra: Studia Iuridica, 2017.

LEMOS, Miguel, Direitos Fundamentais e Processo Penal: o Habeas Corpus, o Direito ao Recurso de Decisão Condenatória e as Funções de Tutela de Direitos Fundamentais do Tribunal de Instrução Criminal, *Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM, Direitos Fundamentais – Consolidação e Perspectivas de Evolução*, Coord. Leonel Alves e Paulo Cardinal, 2016, p. 257-267.

LIM, C.L., MUSHKAT, R., External Affairs, in CHAN, J.M.M. Chan & LIM, C.L. (eds), *Law of the Hong Kong Constitution*, 2nd ed. Hong Kong: Sweet & Maxwell, 2015.

LO, Shiu Hing. The Politics of Cross-Border Crime in Greater China: Case Studies of Mainland China, Hong Kong, and Macao. *Pacific Affairs*, Vancouver, vol. 83, n. 03, p. 587-589, 2010.

MACARTNEY, Jane (21 January 2010), “Chinese democracy leader Zhou Yongjun jailed for fraud”, *The Times*.

OLIVEIRA, Jorge Costa. Macau SAR Inter-Regional Mutual Legal Assistance in Criminal Matters. Oliveira J.C., Cardinal P. (eds) *One Country, Two Systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution*. Berlin: Springer, 2009. https://doi.org/10.1007/978-3-540-68572-2_34

PEREIRA, Francisco Gonçalves. Portugal, a China e a “Questão de Macau”. *The China Quarterly*, Cambridge, v. 156, p. 1047-1049, 1998. <https://doi.org/10.1017/S0305741000051481>

TAI, Benny. The Judiciary. In: WAI-MAN, Lam; LUI, Percy L; WONG, Wilson (eds). *Contemporary Hong Kong Government and Politics*. Expanded Second Edition. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2012.

WAN, Choy Dick. Prisoner Transfer between Hong Kong and Mainland China: A Preliminary Assessment. *Brooklyn Journal of International Law*, Brooklyn, v. 33, issue 2, p. 463-501, 2008.

WANG, Dong. *China's Unequal Treaties: Narrating National History*. OXFORD: Lexington Books, 2005.

YEE, Marsha Wellknown. Hong Kong's legal obligation to require fair trial for rendition. *Columbia Law Review*, New York, vol. 102, n 5, p. 1373-1412, 2002.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): The authors would like to thank Calla Chau for suggestions and help in reviewing the text. Thanks is also due to Simon Young for his acute remarks and to the reviewers and editors, particularly Pedro Caeiro, whose comments and suggestions were always right on spot.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam 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.

- *Miguel Manero de Lemos*: projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, aprovação da versão final.
- *Teresa Lancry Robalo*: coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram 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 atestam que não há plágio de terceiros ou autoplagio.

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 10/04/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 11/04/2019
- Avaliação 1: 22/04/2019
- Avaliação 2: 12/04/2019
- Avaliação 3: 14/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 15/05/2019
- Retorno rodada de correções: 25/05/2019
- Decisão editorial final: 04/06/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Editor-assistente: 1 (CRG)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

LEMOS, Miguel M.; ROBALO, Teresa L. Judicial cooperation in criminal matters in the Special Administrative Regions of Hong Kong and Macau. Through the lens of "one country, two systems" and the surrender of fugitives to Mainland China. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 737-772, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.242>



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

Policies of International Friendship in Judicial Cooperation in Criminal Matters: The Non-Extradition of Brazilian and Portuguese Nationals to Third States – A Comparison with EU Law

Políticas de Amizade Internacional na Cooperação Judiciária em Matéria Penal – A Não-Extradição de Nacionais Brasileiros e Portugueses para Terceiros Estados (Comparação com o Direito da UE)

Miguel João Costa¹

Tribunal Constitucional Português – Portugal
migueljoao13@hotmail.com

 <http://orcid.org/0000-0002-2015-6059>

ABSTRACT: This article addresses different implications of nationality in international cooperation in criminal matters, especially in extradition law. Most States, particularly of the civil law tradition, have a longstanding practice not to deliver their own citizens to foreign criminal justice systems. This article begins by reviewing the rationales of the classic nationality exception and contrasts it with the approach of States of the common law tradition, which have no objections of principle to extraditing their own nationals. It then looks into the extradition relations between Brazil and Portugal, following which it provides a brief critical appraisal of the adequacy of the nationality exception in an increasingly globalised world. With these foundational issues settled, the article moves on to questioning what are the effects of interstate affinity upon extradition. It concludes that, in addition to (immediate or direct) effects between the States involved, affinity can also have meaningful (indirect) implications to third States: States which are linked by peculiar (historical, legal, political) bonds sometimes refuse to extradite each other's nationals to

¹ Ph.D. in Criminal Law, Maastricht University; Advisor at the Portuguese Constitutional Court; Member of the European Criminal Law Academic Network.

other States. In this regard, the article analyses of the state affairs among the Member States of the European Union following the groundbreaking case law initiated by the Court of Justice in 2016, and compares this recent legal development with the regime that has been in place between Brazil and Portugal since 1971.

KEYWORDS: Extradition; Nationality Exception; Brazil-Portugal Cooperation; EU Law.

RESUMO: *O presente artigo analisa as diferentes implicações da nacionalidade sobre a cooperação judiciária internacional em matéria penal, especialmente sobre o direito da extradição. A maioria dos Estados, em particular os da tradição jurídica continental, tem uma longa tradição de não entregar os seus cidadãos para sistemas de justiça criminal estrangeiros. O artigo começa por se debruçar sobre as razões que estão na base desta tradição e faz um contraste com a abordagem seguida pelos Estados da tradição jurídica anglo-americana, que tendem a não levantar objeções à extradição de seus nacionais. Em seguida o artigo atenta nas relações de extradição entre o Brasil e Portugal, fazendo uma breve avaliação crítica da regra da não extradição de nacionais num mundo progressivamente globalizado. Com estas questões essenciais tratadas, o artigo prossegue então para aquela que constitui a sua questão central, que é a de saber que efeitos a existência de laços de afinidade ou proximidade entre Estados pode ter sobre a matéria da extradição. A conclusão proposta é a de que, para além de efeitos (imediatos ou diretos) entre os Estados em causa, essa afinidade se pode também projetar (de modo indireto) sobre Estados terceiros: de facto, por vezes, os Estados que se encontram ligados por peculiares laços históricos, jurídicos e/ou políticos também recusam a extradição para outros Estados dos nacionais um do outro. A este respeito o artigo analisa a situação dos Estados Membros da União Europeia desde a inovadora jurisprudência iniciada pelo Tribunal de Justiça em 2016, comparando este recente desenvolvimento com o regime que já vigora entre o Brasil e Portugal desde 1971.*

PALAVRAS-CHAVE: *Extradição; Nacionalidade; Cooperação Brasil-Portugal; Direito da União Europeia.*

SUMMARY: 1. Introduction. 1.1. The concept of extradition. 1.2. Classic cooperation and mutual recognition. 1.3. The effects of affinity in interstate cooperation. 2. The classic nationality exception and the emerging rehabilitation exception. 2.1. A comparative view. 2.1.1. Portugal. 2.1.2. United Kingdom. 2.2. Between Brazil and Portugal.

2.2.1. The 2005 Extradition Treaty and the 2010 Agreement on Simplified Extradition. 2.2.2. Extradition from Brazil to Portugal. 2.2.3. Extradition from Portugal to Brazil. 2.3. A critical appraisal of the nationality exception. 2.4. Conclusion. 3. The non-extradition of nationals of affiliated States to third States. 3.1. A comparative view. 3.1.1. European Union Law. 3.1.2. The 2000 Treaty of Friendship, Cooperation and Consultation between Brazil and Portugal. 3.2. A comparative appraisal. 4. Conclusion.

1. INTRODUCTION

1.1. THE CONCEPT OF EXTRADITION

Extradition can be defined as the “coercible transfer of a person from one jurisdiction to another at the request of the latter, through a specified procedure and provided that certain conditions are satisfied, for the purpose of carrying out a criminal procedure or enforcing a penalty”²

Often regarded as an essentially procedural institute, extradition is in reality an eclectic body of norms which cover procedural as well as substantive matters: the issuing of an extradition request triggers a procedure in the requested State through which at least one judicial entity, and normally also a political one, determine whether the conditions necessary for extradition to be granted are fulfilled. These conditions may constitute simple formalities (such as the requirement that the request indicates the person sought), or truly substantive conditions (such as the requirement that the acts at issue be criminalised in the requested State: the ‘dual criminality

² This definition and other contents provided in this article are further elaborated on in Miguel João Costa, *Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*, Leiden: Brill | Nijhoff, forthcoming 2019. For nuanced distinctions between extradition and other cooperation mechanisms, see Pedro Caeiro, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português”, in Vital Moreira / Maria Leonor Assunção / Pedro Caeiro / Ana Luísa Riquito, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 69 f.

rule’). The latter conditions are usually referred to as ‘grounds for refusal’ or ‘obstacles’ to extradition, and they form the substantive dimension of this institute. The nationality of the person targeted by the request is at the core of some of these substantive norms, as discussed later in this article.

1.2. CLASSIC COOPERATION AND MUTUAL RECOGNITION

As suggested before, within the broader concept of ‘extradition’, it is necessary to distinguish extradition in a strict sense from surrender – two variations of what in essence is one same mechanism. Extradition is the classic version of that mechanism, and it consists of the transfer of individuals between States which are not necessarily linked by ties of political, legal, cultural or historical affinity. The latter is a simpler and more flexible version of that mechanism developed over the past decades among certain groups of States which are connected by ties of that character, on the basis of what has been considered as a new cooperation paradigm: mutual recognition.³

The ultimate examples of the concepts of ‘surrender’ and ‘mutual recognition’ in criminal matters are the European Arrest Warrant (EAW), developed among the Member States of the EU,⁴ and the Nordic Arrest Warrant (NAW), in force since 2012 between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden. Both of these normative instruments operated a significant mitigation of several highly symbolical and practically important traditional grounds for refusal of extradition, notably the dual criminality rule, the political offence exception, and the nationality exception, the focus of this article.⁵

³ Helmut Satzger, “Is mutual recognition a viable general path for cooperation?”, in Pedro Caeiro (org.), *Proceedings of the Conference ‘European Criminal Law in the Global Context: Values, Principles and Policies’ (Abstracts)* (Abstracts), Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra [IJ], 2018, p. 43 f., conceives mutual recognition as a “flexible” concept “adaptable” to different conditions. In this sense, it is not a specifically concept of EU, but a general one designating enhanced systems of interstate cooperation.

⁴ Council Framework Decision 2002/584/JHA, of 13 June 2002 (FD-EAW).

⁵ Regarding the EAW, see e.g. John Vervaele, “European Criminal Law and General Principles of Union Law”, *Research Papers in Law* 5 (2005), p. 7 f.;

Another effort to reform classic extradition is the Mercosur Arrest Warrant (MAW), whose signatories are Argentina, Bolivia, Brazil, Ecuador, Paraguay, Peru and Uruguay.⁶ The treaty creating this instrument was concluded in 2010, but has not yet entered into force.⁷ The mitigation of classic grounds for refusal in the MAW is less intensive than in the aforesaid examples, notably in that it envisages the preservation of the traditional political and military offence exceptions,⁸ and allows the executive branch to refuse extradition on account of “special reasons of national sovereignty, security or public order, as well as of other fundamental interests”.⁹ Nevertheless, like the EAW, the MAW seeks to streamline contact between States through the designation of central authorities and the use of standardised forms.¹⁰ It also introduces a partial (if rather moderate) abolition of dual criminality, and it reduces (if also quite moderately) the importance of nationality as ground for refusal of extradition.¹¹

Anabela Miranda Rodrigues, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 187 f. On the NAW, see e.g. Annika Suominen, “The Nordic Arrest Warrant finally in force”, *European Criminal Law Review* 4 (2014), p. 41 f. Nordic extradition arrangements characterised by very high levels of cooperation have been in place since long before the EAW, and have in fact inspired this creation of EU law: see Gjermund Mathisen, “Nordic Cooperation and the European Arrest Warrant: Intra-Nordic Extradition, the Nordic Arrest Warrant and Beyond”, *Nordic Journal of International Law* 79 (2010), p. 1 f., adding that, in elaborating the NAW, Nordic States have in turn drawn inspiration from the EAW; see also Jørn Vestergaard / Silvia Adamo, “Mutual Recognition in Criminal Matters: The Danish Experience”, *Scandinavian Studies in Law* 54 (2009), p. 431 f.; Asbjørn Strandbakken, “Extradition between Nordic countries and the new Nordic Arrest Warrant”, in Nico Keijzer / Elies van Sliedregt (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009, p. 365 f.

⁶ On the topic, from a Brazilian standpoint, see Artur de Brito Gueiros Souza, “Extradition in South America. The case of Brazil”, *ERA Forum* 19 (2019), p. 313 f.

⁷ On 22 October 2018 Brazil has promulgated the Law Project no. 104/2018 implementing the MAW in the legal System of Brazil, but the MAW will only become effective 30 days after ratification by at least four countries.

⁸ See Art. 5 (d) and (e).

⁹ See Art. 4 (2).

¹⁰ See Arts. 2 (4), 6, and 7, as well as Annexes II and III.

¹¹ See Arts. 1, 3 (1), 3 (4), 4 (1) (a), and 5 (a), as well as Annex I.

It is possible to identify other legal arrangements characterised by above-average levels of cooperation in result of particular ties linking the States involved, such as the Extradition Treaty between Angola, Brazil, Cape Verde, East Timor, Guinea-Bissau, Mozambique, Portugal and São Tomé and Príncipe, concluded at Cidade da Praia in 23 November 2005,¹² and the Agreement on Simplified Extradition between Argentina, Brazil, Portugal and Spain, concluded at Santiago de Compostela in 3 November de 2010.¹³ While these treaties did not fully eradicate the nationality exception, they did take meaningful steps towards its mitigation.

1.3. THE EFFECTS OF AFFINITY IN INTERSTATE COOPERATION

The term ‘affinity’, as used here, may have different meanings. It may encompass such notions as mutual trust and harmony of legal norms and practices, as is the case within the EU and between the Nordic States. But it may also refer to ties that stem from a common history, language and other factors, even where these do not – at least, not to a comparable degree as in the cases that have just been mentioned – rest upon bonds of normative trust and harmony.¹⁴

The previous section already denotes that the levels of affinity linking given States has an immediate effect on international cooperation in criminal matters: the higher those levels are, the more intense their cooperation relations will tend to be. Indeed, to a wider or narrower extent, in all of the examples mentioned in the previous section there is an above-average level of affinity between the States involved, and,

¹² On this Treaty, see e.g. José de Pina Delgado / Jorge Carlos Fonseca / Liriam Tiujo Delgado (org.), *Aspectos Polémicos da Extradução em Cabo Verde e no espaço Lusófono – Nacionalidade, Pena Aplicável, Institutos Afins*, Cidade da Praia: Editora do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, 2009.

¹³ In Portugal this Treaty has been ratified by Presidential Decree no. 15/2015, but, as far as was possible to determine, it has not yet been ratified by Brazil.

¹⁴ In further detail on these concepts and their importance in interstate cooperation, see Miguel João Costa, *Extradition Law... op. cit.*, Chap. 2, § 3.2; in any case, the study ultimately proposes that an improved system of international cooperation could be built upon alternative concepts, namely on that of mutual respect and on that of mutual understanding: see esp. Chaps. 7 and 8.

correlatively, in all of them extradition is possible to grant in an above-average number of cases. This is definitely what happens insofar as the topic of this article is concerned: whereas the default principle continues to be the non-extradition of own nationals, in all of the examples mentioned above, as we saw, the States involved at least admit the possibility of reciprocally extraditing their own nationals, and in some cases this has in fact become the rule.

But affinity does not just make it possible for States to adopt increased levels of cooperation between them. It may also, in a mediate or indirect way, lead them into giving further protection to each other's interests in their cooperation relations with third States. Clear illustration of this is provided by the *ne bis in idem* ground for refusal: if two or more States have pre-existing bonds of affinity which enable them to presume the credibility of the sentences passed by any of them, and if a third State requests to one such State the extradition of a person who has already been tried in any of its 'partner-States' in such terms as to trigger the *ne bis in idem* protection, then it is only logical that this State refuses the request of the third State.¹⁵ Another example concerns, again, the nationality of the targeted individual: if two or more States are bound together by strong ties of affinity, and if they generally refuse to extradite their own nationals, then it is understandable that, in certain circumstances, this protection may extend to individuals who are nationals of their partner-States. This is what occurs with the Nordic States and the Member States of the EU – States which have in place systems of cooperation based on the notion of 'mutual recognition'. And it is also the case of Brazil and Portugal – States which, though not integrated in such a system, have long history of cooperation. These are the two types of interstate relations that will be compared later in this article.

In sum, the existence of ties of affinity between two or more States projects itself in two different (and, in a sense, opposite) directions: it renders extradition easier to grant between those States, and more difficult to grant by any of those States to third States. That these are two effects stemming from one same fundamental cause is quite visible in the Treaty

¹⁵ In further detail on this, see Miguel João Costa, *Extradition Law... op. cit.*, esp. Chap. 8, § 3.3.1.

of Friendship, Cooperation and Consultation, concluded between Brazil and Portugal in 2000, upon 500 years of the arrival of the Portuguese to Brazil: at once, this treaty encourages the further development of extradition relations between those States, in Article 64 (2); on the other hand, it provides in Article 18 that they should not extradite each other's nationals to third States.¹⁶ The latter aspect is the essential focus of this article, and it will be addressed in section 3. However, it could not be properly addressed without first revisiting the nationality exception itself, which is done in section 2, immediately below.

2. THE CLASSIC NATIONALITY EXCEPTION AND THE EMERGING REHABILITATION EXCEPTION

2.1. A COMPARATIVE VIEW

This section provides a brief account of how the nationality exception is regulated in the Portuguese legal system, which serves here as an illustration of the continental or civil law States' tradition not to extradite their own nationals, and in the legal system of the United Kingdom (UK), as a representative of the common law tradition, where nationality does not as a matter of principle prevent extradition.

2.1.1. PORTUGAL

Article 5 (1) (e) of the Portuguese Penal Code provides that Portugal has jurisdiction over acts committed by Portuguese citizens so long as: they are found in Portuguese territory; the acts are also criminalised in the *locus delicti* (unless this State does not exercise *ius puniendi*); and the acts constitute offences for which extradition could in the abstract be granted, but for some reason this was impossible in the concrete case. Most authors explain this basis for jurisdiction as a means to compensate for the non-extradition of

¹⁶ See further *infra*, § 3.1.2. These rules were already present in a 1971 Treaty, also addressed *infra*.

nationals.¹⁷ However, active nationality, as conceived in the Penal Code, allows Portugal to prosecute acts committed by its nationals abroad even if does not receive any request for the extradition of these individuals,¹⁸ meaning that this rule of jurisdiction is prior to, and independent from, any extradition law issue.¹⁹

In turn, Article 32 (1) (b) of the statute which regulates extradition in the absence of a treaty (Law no. 144/99, of 31 August), drawing on Article 33 (3) of the Constitution, lays down the rule of non-extradition of nationals. Since the constitutional amendment of 1997, this rule is no longer absolute. It is now possible to extradite Portuguese citizens if the following – if “very restrictive” –²⁰ conditions are satisfied: (i) reciprocity is secured on the basis of an international treaty; (ii) the acts refer to terrorism or international organised crime; (iii) the requesting State guarantees a due process; and, unless the person explicitly waives this condition, (iv) extradition is requested for prosecution and the requesting State guarantees the return of the person for enforcement in the event

¹⁷ See e.g. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 216; Manuel António Lopes Rocha / Teresa Alves Martins, *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal: Comentários*, Lisboa: Aequitas / Editorial Notícias, 1992, p. 75; Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português I, Parte Geral: Introdução e Teoria da Lei Penal*, Lisboa: Editorial Verbo, 2001, p. 299, 313 f.; see also the ruling of the Court of Appeal of Oporto of 14 February 1990, no. 0123625.

¹⁸ See Miguel João Costa, *Dedere Aut Judicare? A Decisão de Extraditar ou Julgar à luz do Direito Português, Europeu e Internacional*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 63 f.

¹⁹ See Pedro Caeiro, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal | Coimbra Editora, 2010, p. 203 f.; Julian J. E. Schutte, “O Direito Internacional Público e a Competência Extraterritorial em Matéria Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993), p. 19, positing that the repression of acts committed by nationals abroad is still required by direct punitive interests of the State. See also Miguel João Costa, *Dedere Aut Judicare?... op. cit.*, p. 53 f.

²⁰ Nuno Piçarra, “A proibição constitucional de extraditar nacionais em face da União Europeia”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 7 (2007), p. 251. See also Damião da Cunha, “Artigo 33.º”, in Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2nd ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 544.

he/she is convicted (Article 32 (2) and (3)).²¹⁻²² In ruling no. 403/2015, of 27 August 2015, the Constitutional Court stated that this constitutional amendment was a consequence of enhanced imperatives of security and reaction against serious types of criminality which call for “new normative balances between conflicting values”. Piçarra claims that the 1997 amendment marked the beginning of the recognition, in Portugal, that refusing extradition of own nationals is not an unchallengeable idea, but one which should be understood “with critical detachment”, in a spirit of communion of interests among States and of respect for the primacy of territorial jurisdiction.²³ Still, extradition of nationals remains quite exceptional.

One possible manner of justifying this nationality exception is to construe it as a consequence of an interest of the Portuguese State in punishing acts committed by its nationals abroad: Portugal would refuse to extradite its own nationals in order to punish their crimes – a reasoning which is symmetrical to that according to which Portugal would punish acts committed by its nationals because it cannot extradite them. Within this line of thought, it is alleged that there is an “umbilical”²⁴ relationship between States and their nationals which extends beyond borders, and that this relationship entails a duty of loyalty of the latter towards the former.²⁵

²¹ The last condition is not required by the Constitution; only by the extradition statute.

²² Originally, the sole practical implication of the 1997 constitutional amendment was the possibility to extradite based on the 1996 EU Extradition Convention, since no other international instrument ratified by Portugal, at the time, met those constitutional requirements: see Luís Silva Pereira, “Contributo para uma Interpretação dos Artigos 12 n.º 1 al. g) e 13.º al. c) da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 7 (2007), p. 267.

²³ Nuno Piçarra, *op. cit.*, p. 236; see also José Vera Jardim, “Por fim, podemos extraditar portugueses! – Explicações de um Ministro”, in António José Avelãs Nunes *et al.*, *A Inclusão do Outro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 97.

²⁴ Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international: Droit et obligation pour les états de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*. Basel: Schulthess, 2001, p. 133.

²⁵ Apparently leaning toward this position, although acknowledging that the *ius puniendi* of the State of nationality should, in these cases, be subject to “serious limitations”, see Eduardo Correia, *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias)*, Volume I, Coimbra: Almedina, 1963, p. 166.

Thus, States would be entitled to something of a right of surveillance over their nationals.²⁶ This view assumes that active nationality is such a strong jurisdictional basis that States seek as much as possible to exert it. However, this reasoning is also inconsistent with the law currently in force in Portugal: if the main goal indeed were to punish acts committed by nationals abroad, then active nationality would not have been limited to the cases where they are ‘found in Portugal’ and ‘cannot be extradited’.

In this light, the only plausible justification for the Portuguese nationality exception is the intention of the Portuguese State to protect its nationals from foreign punitive systems. This view too acknowledges the existence of an ‘umbilical’ connection between the State and its nationals, but from that connection it draws, not a right of the State to survey its citizens, but a duty (or at least a prerogative) to protect them.²⁷ Only this view can explain why non-extradition of nationals is enshrined as a fundamental individual right in the Constitution, and why it can only be set aside if trust in the foreign legal system is presupposed in the abstract (as is the case within the EU) or verified in the case (after it is established that the requesting State guarantees a due process). It is also the only view capable of explaining why the concept of ‘national’ for the purposes of the nationality exception is determined by reference to the moment of extraditing, rather than to that when the acts were committed, which is the relevant moment for the purposes of jurisdiction based on active nationality.²⁸ Thus, if a person obtains Portuguese nationality after committing a crime, he/she will still benefit from the nationality exception,²⁹ and yet Portugal will be unable to prosecute him/her based on active nationality.³⁰ In sum, in Portugal, the rationale of the nationality exception is the endeavour of the Portuguese State to protect its citizens

²⁶ A conception which is somewhat characteristic of authoritarian conceptions of State: see Helmut Satzger, *International and European Criminal Law*, München: Nomos, 2012, p. 20.

²⁷ See Julian J. E. Schutte, “O Direito Internacional Público...”, *op. cit.*, p. 18.

²⁸ See Art. 32 (6) of Law no. 144/99.

²⁹ See *e.g.* the Ruling of the Court of Appeal of Lisbon of 17 November 2011, no. 759/11.0YRLSB-3.

³⁰ The person may still be prosecuted, but not based on active nationality; rather, based on vicarious jurisdiction (Art. 5 (1) (f) of the Penal Code).

from the punitive systems of other States. This principle is not absolute anymore, but the exceptions are narrow.

The one great exception to that principle is found, not in classic extradition, but in the EAW system: the execution of EAWs by Portugal concerning its nationals is possible under Article 33 (5) of the Constitution, enacted in 2001. Here, the view that the legal systems of EU partners are deserving of trust is added by another set of arguments: it would be hypocritical to support the furthering of EU integration, EU citizenship and free movement, whilst allowing individuals to rely on their nationality to dodge the criminal justice systems of the partners to that project.³¹ Still, the Portuguese statute implementing the FD-EAW made use of all the room left by the FD to protect own nationals (Law no. 65/2003, of 23 August): according to Article 12 (1) (g) of this statute, Portugal can only execute EAW's issued for prosecution if guarantees are provided that the person will be returned for enforcement; according to Article 13 (1) (b), if the EAW is already requested for enforcement, then Portugal can undertake to enforce the foreign sentence instead of surrendering its national.

However, these norms do not apply to nationals only, but also to other persons who generally receive no specific protection from the Portuguese State against classic extradition, notably residents. This means that these norms do not express anymore a nationality exception in its most traditional sense, or otherwise it would not be possible to surrender an own national for prosecution, but rather a 'rehabilitation exception',³² whereby the requested State presumes itself to be the best place for its nationals and residents to be rehabilitated.

In sum, it is fair to say that, in its cooperation with EU partners, Portugal has abolished the nationality exception entirely.³³ At the same

³¹ See e.g. Anabela Miranda Rodrigues, "O Mandado de Detenção Europeu – Na Via da Construção de um Sistema Penal Europeu: Um Passo ou um Salto?", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 13 (2003), p. 54

³² See also Nuno Piçarra, *op. cit.*, p. 252.

³³ See Ricardo Jorge Bragança de Matos, "O princípio do reconhecimento mútuo e o Mandado de Detenção Europeu", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 14 (2004), p. 358; see also the rulings of the Supreme Court of 12 November 2008, no. 08P3709, and of 9 February 2011, no. 1215-10.9YRLSB.S1, mentioning the "abolition" and "disappearance" of this classic rule.

time, another exception (the rehabilitation exception) emerged which does also profit nationals, but only in part (as it does not protect them from prosecution, just from enforcement), and only incidentally (as it is not rooted in a mistrust of foreign systems, but in an objectively founded belief that the State of nationality and/or residence is the one that offers the best prospects of rehabilitation).³⁴

2.1.2. UNITED KINGDOM

In contrast with most civil law States, the UK does not take a principled stance not to extradite its own citizens. This is a deeply rooted tradition,³⁵ which “has even greater force in the age of the jet aeroplane”.³⁶ The absence of a nationality exception is perfectly aligned with the absolute subsidiarity assigned by the UK to extraterritorial jurisdiction. In the UK, the principle is that only territorial acts should be prosecuted.

However, the connections of the requested person with the UK (including citizenship) are not completely disregarded: they are taken into account in the context of forum, human rights and humanitarian grounds for refusal.³⁷ Some of these grounds for refusal were in fact reportedly

³⁴ See also the ruling of the Supreme Court of 27 April 2006, no. 04P4738, declaring that Article 12 (1) (g) of Law no. 65/2003 is to be construed in the light of the goals of criminal punishment, chiefly of the principle of rehabilitation enshrined in Article 40 (1) of the Penal Code.

³⁵ See John Basset Moore, *A Treatise on Extradition and Interstate Rendition*, Boston: Boston Book Company, 1891, p. 157, stating that “refusal to surrender citizens must (...) be regarded as resting upon sentimental considerations and an exaggerated notion of the protection which is due by a state to its subjects”: “there appears to be no valid reason why the system of extradition, which is intended to avert a failure of justice should not be extended to citizens or subjects. As long as the citizens of a country are accorded justice abroad, no right of intervention of their government on their behalf accrues and there is no occasion for the assertion of its protective power.”

³⁶ House of Lords Select Committee on Extradition Law, “2nd Report of Session 2014-15 – Extradition: UK law and practice”, ordered to be printed 25 February 2015 and published 10 March 2015, p. 51.

³⁷ See sections 83A to 83F (especially 83A(3)(g)), 87 (in articulation with Art. 8 ECHR), 91 (*idem*) and s. 206 of the Extradition Act 2003; on the history of the latter provision, see Scott Baker / David Perry / Anand Doobay, “A Review of the United Kingdom’s Extradition Arrangements (Following Written

enacted in reaction to public protest against the possible extradition of nationals of the UK in some sensitive cases. At any rate, this is still fundamentally different from providing that citizenship, in and of itself, should prevent extradition: on the one hand, these grounds for refusal apply to individuals who are not nationals of the UK; on the other hand, nationality is only one among several factors capable of influencing the decision whether or not to extradite.³⁸

2.2. BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

Although the tradition in Portuguese-speaking countries is to make use of a nationality exception, and although these countries are not currently integrated in a political, institutional and normative setting barely comparable to that in place for instance in the EU, their bonds of affinity led them into admitting the possibility of reciprocally extraditing their nationals, through the mentioned 2005 Praia Extradition Treaty and 2010 Agreement on Simplified Extradition. As noted before, the main focus of this article lies not so much on the extradition relations between Brazil and Portugal as in their relations with third States insofar as each other's nationals are concerned. Nevertheless, a brief overview must be provided of the state of affairs of the nationality exception between Brazil and Portugal,³⁹ so that a complete view emerges of this bilateral relationship.⁴⁰

Ministerial Statement by the Secretary of State for the Home Department of 8 September 2010) – Presented to the Home Secretary on 30 September 2011”, 2011, p. 259 f.

³⁸ It should nevertheless be noted that the UK does occasionally subscribe to a nationality exception in the context of extradition treaties concluded with States where the tradition is the non-extradition of nationals, probably in order to maintain a reciprocity nexus in these relations: see Christopher L. Blakesley, “The Law of International Extradition: A Comparative Study”, in John Dugard / Christine van den Wyngaert (eds.), *International Criminal Law and Procedure*; Brookfield: Dartmouth, 1996, p. 180.

³⁹ For a thorough analysis of this specific aspect, see J.J. Gomes Canotilho / Nuno Brandão, “A extradição de Portugal para o Brasil de cidadãos portugueses naturalizados”, forthcoming soon in *Revista Direito GV*.

⁴⁰ A relationship which, inasmuch as extradition is concerned, goes back as far as to the 1872 Extradition Treaty (and even to the 1855 Convention on Fake Currency, which already contained an extradition provision for that type

Extradition cases between Brazil and Portugal represent a significant fraction of the overall number of cases processed by these countries. Looking from the perspective of Brazil, and relying on the empirical analysis provided by Diniz and Pereira, between 2000 and 2010, from more than 270 rulings delivered by the Brazilian Federal Supreme Court on extradition matters, 62% resulted from requests issued by EU Member States, and 19% of these from requests issued by Portugal. On the other hand, of all the rulings (resulting from requests issued by any State) in which that Court found extradition to be inadmissible, in 5% of them the fact that the person was a Brazilian national barred extradition.⁴¹

2.2.1. THE 2005 EXTRADITION TREATY AND THE 2010 AGREEMENT ON SIMPLIFIED EXTRADITION

The 2005 Extradition Treaty was concluded in Praia, Cape Verde, and replaced the bilateral arrangements that were in place between the same States, including the one that had been concluded between Brazil and Portugal in Brasilia on 7 May 1991, whose Article III (1) (a) prohibited extradition of nationals.⁴² The fact that the Praia Treaty provides (in Article 4 (a)) for an option to extradite nationals is an immediate and strong signal that the States Parties acknowledge that they are linked by

of offence). The 1872 Treaty is thoroughly analysed (its political and diplomatic contexts included), in Maria Cecília de Sousa Cameira, “A Arte do Compromisso: Tratado de extradição de criminosos entre Portugal e o Brasil (10.06.1872)”, in Zília Osório de Castro *et al.* (eds.), *Tratados do Atlântico Sul: Portugal-Brasil, 1825-2000*, Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2006, p. 99. f. It should be acknowledged that the negotiation of the treaty is reported to have been prolonged and not deprived of animosity between the parties: see *ibid.*, esp. p. 129 f.

⁴¹ Irene Bogado Diniz / Marcos Vinícius Torres Pereira, “Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Extradicação: O Brasil Não É o Paraíso para os Criminosos Estrangeiros”, *Cosmopolitan Law Journal* 2 (2014), p. 186 f.

⁴² The 2005 Praia Treaty was approved in Portugal by Parliament Resolution no. 49/2008 and ratified by Presidential Decree no. 67/2008. As for Brazil, the Treaty entered into force at the external level on 1 June 2009, after approval by the National Congress through Legislative Decree no. 45, of 30 March 2009, and it was promulgated by Decree no. 7.935, of 19 February 2013.

special bonds, because the principle in their legal systems, in line with the civil law tradition, is non-extradition of nationals. One should not play down this signal of increased willingness to cooperate.

However, as noted, this constitutes merely an option, which may or may not be given effective application by the States Parties. In the Praia Treaty, they did not go so far as to hold themselves obliged to extraditing their nationals. This approach is less cooperation friendly not only than that adopted in the EAW system (to which Portugal is a Party), but also than that adopted in the MAW (to which Brazil is a Party), where extradition of nationals can only be refused based on a constitutional provision in force in the requested State, or if the requesting State has one such provision in force and in consequence cannot guarantee reciprocity to the now requested State in future cases. In contrast, the Praia Treaty enables the refusal of extradition of nationals based on a case-by-case basis which need not be grounded on constitutional law. Therefore, the refusal by a State Party to extradite a national does not, in any instance, breach an obligation stemming from the Praia Treaty, although the fact that this Treaty admits extradition of nationals can already trigger some diplomatic reaction if a State does choose not to do so (and in part this is why the approach of the Praia Treaty, albeit more moderate than other approaches, should not be underestimated).

In turn, the 2010 Agreement on Simplified Extradition reads closer to the MAW, by establishing in its Article 4 (1) that the nationality of the person cannot be invoked to refuse extradition, unless otherwise provided for by a constitutional norm.⁴³ It therefore takes the admissibility of extradition of nationals one step further than the Praia Treaty. It must be noted that, with the coming into force of the 2010 Agreement, the provisions of the 2005 Praia Treaty will only apply between Brazil and Portugal inasmuch as they regulate aspects which are not covered by the former.⁴⁴ And since the 2010 Agreement regulates the nationality issue

⁴³ Moreover, Article 4 (2) provides that the status of national is to be determined by the requested State, and should be met at the time of the acts and endure in the moment of taking the decision on the extradition request, so long as it was not obtained with the fraudulent purpose of preventing extradition.

⁴⁴ See 1 (2) of the 2010 Agreement.

in detail, these will then be the norms of reference between Portugal and Brazil on the extradition of nationals.

In any event, whether under the 2005 or the 2010 legal instrument, extradition of nationals will be impossible if a constitutional rule is in place which so prevents. And this is exactly what currently happens: stringent constitutional rules are in place in Brazil and Portugal which render extradition of nationals between those countries possible in only a very limited number of cases.

2.2.2. EXTRADITION FROM BRAZIL TO PORTUGAL

Regarding Brazil, extradition of nationals is prohibited in very broad terms by Article 5 (LI) of the Constitution,⁴⁵ which is included in the catalogue of fundamental individual rights. According to this provision, Brazil cannot, in any circumstances, extradite born citizens; as for naturalised citizens, they can only be extradited for common offences committed before they have obtained Brazilian citizenship, or in cases of proven involvement in drug trafficking.⁴⁶ This practically prevents Brazil from giving any actual effect to the option to extradite nationals opened by the Praia Treaty.

⁴⁵ This provision is concretised at the ordinary level in Article 77 (I) of Law no. 6.815/80 (generally referred to as '*Estatuto do Estrangeiro*'). A different question is that as to whether the Constitution of Brazil prevents the surrender of Brazilian nationals to the International Criminal Court: on this issue, and leaning towards the view that surrender is possible, see João Grandino Rodas, "Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional", *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 4 (2000), p. 31 f.; Leila Poconé Dantas, "Entrega de Nacionais ao Tribunal Penal Internacional versus Vedação Constitucional de Exatradição", *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe* 10 (2007), p. 35 f.; and Artur de Brito Gueiros Souza, *op. cit.*, p. 330 f., stating that this has become the dominant view in Brazilian legal literature, supported on an understanding according to which classic extradition and surrender to the ICC "are different in content and form", as the former abides by the traditional horizontal model of cooperation, whereas the latter is vertical in character.

⁴⁶ According to Artur de Brito Gueiros Souza, *op. cit.*, p. 326: "This constitutional innovation has to do with the (...) phenomenon of international drug trafficking and its impact on South American countries".

Moreover, the hypothesis of involvement in drug trafficking requires a specific procedure which must be ‘established by law’,⁴⁷ and reportedly no law has established such a procedure thus far.⁴⁸ Consequently, extradition of naturalised citizens based on that hypothesis is possible only if the request is issued together with evidence of such an involvement, including a final sentence convicting the person for an offence of that character.⁴⁹

Furthermore, according to Article 60 (4) (IV) of the Constitution, the catalogue of fundamental individual rights (where, as noted, the nationality exception is inserted) cannot be abolished through a constitutional amendment.⁵⁰ While this norm might still admit a reform of the prohibition to extradite nationals as currently contained in Article 5 (LI), in such a way as to narrow its scope, the fact is that thus far this prohibition has never been amended,⁵¹ which is not particularly

⁴⁷ See Pedro Lenza, *Direito Constitucional Esquemático*, 20th ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1331, supported on case law of the Federal Supreme Court; and Luiz Carlos Ormay Júnior / Rejane Alves de Arruda, “O Processo de Extradicação e seus Limites no Brasil: Apontamentos de Acordo com o Entendimento do Supremo Tribunal Federal”, *Revista Thesis Juris* 7 (2018), p. 191, noting that such a procedure presupposes a deviation from the principle according to which the decision on extradition should not involve an assessment of the merits of the case, which is the approach followed in Brazil, in the image of most civil law States and in contrast with States form the common law tradition, where some evidence of criminal liability is usually required (see Scott Baker / David Perry / Anand Doo-bay, *op. cit.*, p. 39 f.).

⁴⁸ See Fabiane Segabinazi, “Uma análise da extradição no Direito brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* 24 (2004), p. 161; also Artur de Brito Gueiros Souza, *op. cit.*, p. 325 f., also analysing the meaning of the expression ‘common offences’ as intended by this provision.

⁴⁹ See Fabiane Segabinazi, *op. cit.*, p. 161, stating that this was the “solution” to this quandary found by the Supreme Federal Court.

⁵⁰ Article 5 (LI) therefore constitutes what in Brazilian constitutional law is commonly referred to as a ‘*cláusula pétrea*’: see e.g. Valerio de Oliveira Mazzuoli, “Algumas Questões sobre a Extradicação no Direito Brasileiro”, *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais* 14 (2011), p. 165.

⁵¹ In contrast with the nationality exception contained in Article 33 of the Portuguese Constitution.

auspicious for increased cooperation by Brazil concerning offences committed by its nationals.⁵²

Nevertheless, the current Brazilian Constitution of 1988 already represented a step towards greater availability by Brazil to extraditing its nationals, when compared to the previous Constitutions going back to that of 1934, all of which prohibited, with no exception, extradition of nationals.⁵³ The adequacy of the nationality exception has also been called into question by Brazilian literature, for instance by, Del’Olmo, who argues that “the moment has arrived for the legislator to consider inscribing Brazil amongst the set of States that have ceased to protect offenders for the sheer reason that they are their citizens”.⁵⁴ Finally, it should be noted that a person may be extradited if he/she, though once a Brazilian citizen (even if a born citizen), has later lost this status (for instance, in result of voluntarily obtaining the nationality of another State which does not recognise Brazilian born citizenship).⁵⁵

⁵² Particularly if we note that Brazil has had in place for decades extradition treaties which would enable it to extradite its nationals, such as the 1961 Treaty with the USA (see its Article 7).

⁵³ See Guilherme Aresi Madruga Lopes, *Extradição Passiva e Nacionalidade – Investigação sobre a viabilidade jurídica da extradição de pessoa que perdeu a nacionalidade brasileira originária*, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018 (Bachelor Thesis), p. 51, with more references. Before the 1934 Constitution, extradition of nationals was admitted, in reciprocal conditions, by Law no. 2.416 of 1911: see Maurício Augusto Gomes, “Aspectos da extradição no Direito brasileiro”, *Justitia* 52 (1990), p. 49.

⁵⁴ Florisbal de Souza Del’Olmo, “A Extradição na Contemporaneidade: Breves Reflexões”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* 4 (2005), p. 83 f. (translated by myself), drawing attention to the fact that Brazil was the number one country in the world in cyber-crime levels in 2002. According to Maurício Augusto Gomes, *op. cit.*, p. 48, “most authors” in Brazil now contest the strict prohibition on the extradition of nationals contained in the Constitution.

⁵⁵ See Florisbal de Souza Del’Olmo, “Extradição de Nacional no Direito Brasileiro: O Pioneirismo do Caso Cláudia Hoerig”, *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais* 69 (2016), p. 782; see Article 12 (4) of the Brazilian Constitution and Article 23 of Law no. 818/1949. In any event, the case of Cláudia Hoerig is reportedly the first and, so far, only case in which this has occurred.

2.2.3. EXTRADITION FROM PORTUGAL TO BRAZIL

Regarding Portugal, as stated before, since the 1997 constitutional amendment it can extradite its nationals in a given set of cases which is significantly wider than that in which Brazil can extradite its nationals. First, because born citizens can be extradited. Second, because naturalised citizens can be extradited even if the offence at issue was committed after they became Portuguese citizens. Third, because, although extradition is limited to given types of criminality, these include some of the most serious ones, namely terrorism and organised international criminality, rather than being limited to the very specific case of drug trafficking. Fourth, because the actual involvement of the requested person in offences falling within those types of criminality is not required, but rather the traditional no-evidence rule applies in the same terms as for any other aspect of the extradition procedure. Still, these conditions mean that extradition of nationals by Portugal remains fairly exceptional (EU context aside).

Moreover, one of those conditions is that reciprocity be established through an international convention. But while such a convention does exist with Brazil, it seems clear that Portugal will be unable to extradite its nationals to Brazil in cases where, by definition, Brazil could not reciprocate. And since Brazil can barely ever extradite its nationals, Portugal will barely ever be able to extradite its nationals to Brazil.⁵⁶

Furthermore, it is questionable whether Portugal can even extradite a national to Brazil when this person is a naturalised Portuguese national and the offence was committed before nationality was obtained: although Brazil can extradite its nationals in these cases (which would allow for the fulfilment of the reciprocity requirement of the Portuguese Constitution), extraditing one such individual to Brazil would likely be untenable in the light of the equality principle enshrined in the Portuguese Constitution (Article 13), since no differentiation appears to be accepted by this Constitution between different modalities of Portuguese citizenship: Article 33 (3), on the (non-)extradition of nationals, does

⁵⁶ On the prominent case of Raul Schmidt, before the Portuguese courts (process no. 483/16.7YRLSB), see the rulings of the Court of Appeal of Lisbon of 7 December 2016, and of the Supreme Court, of 7 September 2017. On the whole topic, see again J.J. Gomes Canotilho / Nuno Brandão, *op. cit.*

not make any such differentiation, nor does Article 4, the general norm on Portuguese nationality.⁵⁷ The latter norm provides that Portuguese citizens are “any individuals who are considered as such by law or by an international convention”, and the law considers Portuguese citizens not only individuals who are Portuguese by birth, but also individuals who, in different ways and by satisfying different sets of conditions, have later obtained Portuguese nationality.⁵⁸

The conclusion is that, despite the steps taken in the 2005 Praia Convention and in the 2010 Agreement on Simplified Extradition towards enabling extradition of nationals – which, as stated repeatedly, does constitute a meaningful signal of interstate affinity –, at present this possibility remains practically precluded in the relations between Brazil and Portugal, due to their Constitutions, particularly to that of Brazil.

2.3. A CRITICAL APPRAISAL OF THE NATIONALITY EXCEPTION

There is no rule of general international law prohibiting a State from extraditing its own nationals to other States, and there most certainly is no human right not to be extradited by one’s own State.⁵⁹ Nor is there, *a fortiori*, one such rule prohibiting a State from extraditing a person who is a national of another State to which it is bound by ties of affinity.⁶⁰ And while a rehabilitation exception can be justified on criminological grounds, there is no solid reason to claim that nationality

⁵⁷ In Brazil, such a differentiation is generally not admitted either, unless it is effected by the Constitution itself (Article 12 (2)), which is precisely the case of Article 5 (LI), on extradition: see Pedro Lenza, *op. cit.*, p. 1329.

⁵⁸ See Law no. 37/81, of 3 October (the ‘Statute on Portuguese Nationality’), and Decree-Law no. 237-A/2006, of 14 de December (the ‘Regulation on Portuguese Nationality’).

⁵⁹ See *e.g.* Bert Swart, “Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition”, *Netherlands Yearbook of International Law* 23 (1992), p. 189, 191 f.

⁶⁰ One such prohibition is in certain circumstances now imposed by EU law upon EU Member States, but this prohibition is not grounded on human rights: rather, on certain principles and freedoms specific to that normative building: see *infra*, 3.2.

should continue to produce such hindering effects upon interstate cooperation as it still does.⁶¹

No doubt, at its inception, the nationality exception had a clear dimension of individual protection. For instance, the Bulle Brabantine of 1355 mirrored a “general feeling that the citizens of one State or region would be always at a grave disadvantage in securing justice from the courts of another”.⁶² This line of reasoning held strength way into the in the late modern era, when the nationality exception was for the first time enshrined in a written legal norm (in the very opening provision of the 1834 Extradition Treaty between Belgium and France).

However, the development of a human rights system following WWII rendered this ‘protective’ facet of the nationality exception superfluous and even discriminatory, in the sense that, from a human rights standpoint, potentially unfair or discriminatory persecutions should always carry the refusal of extradition, regardless of the nationality of the individual at stake.⁶³ This is the concept underlying such human rights and other individual-oriented extradition rules as the *non-refoulement* clause,⁶⁴ the rehabilitation exception,⁶⁵ and due process grounds for refusal.⁶⁶ The problem with the nationality exception is that it presumes that nationals will be discriminated against, or subjected to an undue process, or forced

⁶¹ See Miguel João Costa, *Extradition Law... op. cit.*, Chap. 8, §§ 3.4.1 and 4.3.1.

⁶² Ivan Anthony Shearer, “Non-Extradition of Nationals – A Review and Proposal”, *Adelaide Law Review* 2 (1966), p. 274 f.

⁶³ As construed by Margaret R. Somers, *Genealogies of Citizenship: Markets, Statelessness, and the Right to Have Rights*, Cambridge: University Press, 2008, p. 161 f., drawing on Arendt’s momentous work on citizenship, whereas “[m]odern ideas of rights derive from natural law and are attached to people not as citizens of any particular political entity but as abstract Men with natural rights”, nationality “is available only to those with the privilege, not the right, of membership in a specific political body existing prior to and independent of any particular human beings”: “Looking from the outside in, citizenship is discriminatory and exclusive; but once inside, it is a force for equality and inclusion”.

⁶⁴ See Article 3 (b) of the UN Model Treaty on Extradition.

⁶⁵ See *supra*, § 2.1.1.

⁶⁶ See Article 3 (d), (f) and (g), and Article 4 (g) of the UN Model Treaty on Extradition.

to serve a sentence in a place which is detrimental to their rehabilitation. This may be true in some cases, but the point is that: on the one hand, as noted, these concerns should apply not only to nationals, but to any person; on the other hand, they need not be presumed to occur, but rather they should be appraised on a case-by-case basis, with extradition being refused only where they do effectively occur.

It is also interesting to observe the silence of most extradition arrangements on the hypothesis of multiple nationality, in which the person is a national not only of the requested State, but also of the requesting State.⁶⁷ By refusing to extradite even in these cases, a State will be implying that the bond of nationality in the name of which they refuse to cooperate with all other States is not only a privilege, but also a privilege that is only consequential when conferred by itself, in what arguably constitutes an epitome of ethnocentricity.⁶⁸

It is true, as we saw above, that the States which tend not to extradite their own nationals generally reserve themselves the prerogative to prosecute the crimes they commit abroad. In this sense, this approach is still theoretically acceptable in the light of the (enduring) model of ubiquitous criminal justice of the Enlightenment, in that it can prevent those crimes from staying unpunished. However, even these States agree that criminal justice is fundamentally territorial,⁶⁹ which is why their primary basis of jurisdiction is not active nationality, but territoriality. As things stand, it seems clear that the States which refuse to extradite their nationals for crimes committed in other States do not do so because they believe they have strong reasons to prosecute them, but in spite of the fact that they admit that those other States have stronger reasons to do so.

⁶⁷ This situation is quite relevant, in practice, in the relations between the States in focus here, since their nationality is generally much easier to be obtained by citizens of other Portuguese-speaking States than by other individuals (see *e.g.*, from the perspective of Brazil, Article 12 (II) (a) of its Constitution).

⁶⁸ And yet, neither for Brazil nor for Portugal does it make any difference that the person is a national of the requesting State too, unless, in the case of Brazil, this carries the loss of Brazilian citizenship (see *supra*, § 2.2.2).

⁶⁹ See Pedro Caeiro, *Fundamento... op. cit.*, p. 321 f.

2.4. CONCLUSION

In light of this critical analysis, the abolition of the nationality exception in the EAW and its mitigation in the 2005 Praia Extradition Treaty and in the 2010 Agreement on Simplified Extradition constitute welcome and even *natural* developments.

Insofar as specifically concerns Brazil-Portugal relations, extradition of nationals is currently hindered by their national rules on extradition, in particular by the Brazilian Constitution. However, the issue now rests fully with their national legislators, because at the international level, with the Praia Treaty, the bases are already laid down for cooperation between those countries to intensify, which is justified by the ties of affinity that bind them together.

In turn, as mentioned at the opening of this article, this very affinity produces other effects on international cooperation, namely the refusal of extradition of each other's nationals to third States. These (indirect) effects reinforce even further the bonds between those countries, but they also encumber their extradition relations with the wider world. This is the aspect analysed in the following, core section of this article.

3. THE NON-EXTRADITION OF NATIONALS OF AFFILIATED STATES TO THIRD STATES

3.1. A COMPARATIVE VIEW

As noted earlier, insofar as concerns the nationality of the person, the existence of ties of affinity between certain States projects itself in two different and somewhat opposite directions: it renders extradition easier between those States, but more difficult from any of them to third States. The latter aspect will now be addressed: first by reference to EU law as 'revealed' by the ECJ in its ruling in *Petruhhin* (2016); then by reference to the arrangements that Brazil and Portugal have had in place since 1971, presently condensed in the 2000 Treaty of Friendship, Cooperation and Consultation.

3.1.1. EUROPEAN UNION LAW

Extradition from Member States to third States became a vivid topic of EU law as three cases reached the Court of Justice (ECJ) for preliminary rulings:⁷⁰ the first is *Petruhhin* (C-182/15),⁷¹ involving an Estonian requested by Russia on drug-related charges; the second is *Schotthöfer & Steiner* (C-473/15),⁷² involving an Austrian tried *in absentia* in the United Arab Emirates on charges of murder and manslaughter, who feared being extradited if he were to travel to another Member State; the third was *Pisciotti* (C-191/16),⁷³ in which an Italian was extradited on cartel charges from Germany to the United States of America, where he was sentenced to imprisonment for two years after pleading guilty. Already after the ECJ had delivered its ruling on *Petruhhin*, on 6 September 2016, another case was lodged and ruled on by the Court: *Raugevicius* (C-247/17).⁷⁴

In its ground-breaking ruling in *Petruhhin*, the ECJ held that EU primary law might prohibit a Member State from extraditing a citizen of a fellow Member State to a third State. In this manner, the ECJ devised what may be called a ‘EU citizenship exception’: an obstacle to the extradition of EU citizens from the EU to possibly any State. This ruling was grounded on the freedom of movement enshrined in Article 21 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), and on the principle of equal treatment (or prohibition of discrimination) of EU citizens enshrined in Article 18 TFEU. These are two key provisions

⁷⁰ In further detail on this innovative case law, see Miguel João Costa, “The Emerging EU Extradition Law: *Petruhhin* and Beyond”, *New Journal of European Criminal Law* 8 (2017), p. 192 f.; André Klip, “Europeans First!: *Petruhhin*, an Unexpected Revolution in Extradition Law”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 25 (2017), p. 195 f.

⁷¹ See Opinion of Advocate General (AG) Bot of 10 May 2016, and ECJ Judgment of 6 September 2016. This ruling is also noteworthy for asserting the applicability of EU human rights in extradition proceedings to third States, but this aspect was relatively foreseeable in the light of the CFREU, notably of its Article 19 (2).

⁷² ECJ Order of 6 September 2017.

⁷³ ECJ Judgment of 10 April 2018.

⁷⁴ ECJ Judgment of 13 November 2018.

in the normative edifice of the EU, and their articulation is at the origin of several momentous developments of EU law.⁷⁵

Regarding freedom of movement, the view is that the citizens of a Member State who are sought for extradition by a third State will feel dissuaded from moving into the territory of other Member States if this means that they will cease to be protected by the nationality exception from which they benefit when they are located in their own Member State. This also means that the EU citizenship exception will only operate if a nationality exception would be applicable in the Member State of origin, because evidently a person cannot feel deterred from moving to a Member State because of the fact that this Member State does not offer a protection which is not accorded by his/her Member State either.⁷⁶

Regarding equal treatment, it is clear that refusing extradition of own nationals but not of other EU citizens involves a differentiation based on nationality. However, such a differentiation will only be illegitimate, thereby amounting to actual discrimination, if the nationals and the other EU citizens are in a comparable situation. And according to the ECJ they will generally be in a comparable situation, because the reasons why some Member States do not extradite their own nationals to third States (notably, in order to protect them from potentially disadvantageous criminal proceedings) extend to the nationals of their fellow Member States. There is, however, one factor which may justify differentiation: the ‘impunity issue’. Avoiding impunity is a goal that lies at the very core of the institute of extradition. In the light of this goal, the situation of nationals and other EU citizens will only be comparable if, upon refusing extradition, the requested Member State can prosecute the latter (for it can generally prosecute the former, based on active

⁷⁵ See André Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed., Cambridge: Intersentia, 2016, p. 530 f.

⁷⁶ See also Markus Röhrig, “Nowhere to Hide? Extradition in Antitrust Cases from a European Perspective”, *Journal of European Competition Law & Practice* 6 (2015), p. 173. One might also argue that it is unfounded to apply a protection derived from nationality when the Member State conferring this status does not itself accord such protection, but such an argument lacks normative grounding, because, in these cases, it is the legal system of the host Member State (not that of the Member State of nationality) the one whose conformity with EU law is in question.

nationality), or if the Member State of which the person is a national issues a EAW with a view to prosecuting him/her. Thus, this approach constitutes a concretisation of the old principle *aut dedere aut judicare*: under certain circumstances, EU primary law does now impose the non-extradition of EU citizens, but only insofar as that does not cause a situation of impunity. In this sense, and even though it may require Member States to breach international obligations they had subscribed to by concluding extradition treaties with third States, it constitutes a sensible approach, in that the punitive claims of third States are not completely disregarded.

At this point, there are still some doubts as to the exact manner how the EU citizenship exception is to function. For instance: (i) whether the requested Member State and/or the Member State of nationality must prosecute the EU citizen in order to avoid his/her extradition to the third State, or rather they have a mere option to do so; and (ii) whether the EU citizenship exception applies in the very same terms when there is an applicable international agreement concluded by the EU and the third State in question, such as the 2003 EU-USA Extradition Agreement. The rulings delivered by the ECJ subsequently to *Petruhhin*, notably the *Pisciotti* ruling, cleared out some of the doubts, but in regard of some issues they only dimmed the cloud even further. In any case, it is safe to affirm that, since *Petruhhin*, EU law prohibits the extradition of EU citizens in certain circumstances, which marks a momentous development of EU Law.

Still, such a development should not in my view be regarded as the birth of an entirely new obstacle to extradition, because its rationale is not autonomous, but rather it is drawn from a pre-existing obstacle: the classic nationality exception. Thus, the most accurate way to qualify the new-born EU citizenship exception would be as a 'derivation or extrapolation of the classic nationality exception into a EU scale'. It is worth emphasising that the ECJ did not in any moment imply that Member States should refuse extradition of their own nationals to third States, but rather, and quite simply, that, if they do so, then they will have to offer identical treatment to other EU citizens.

For this very reason, it would also be inadequate to conceive this development of EU Law as a signal of a fully-fledged citizenship

status of the EU.⁷⁷ It is the citizenship status conferred by the Member States that gives rise to the nationality exception, and it is the nationality exception that in turn gives rise to the EU citizenship exception: when in contact with the nationality exception found at the Member State level, certain elements of EU Law (namely free movement and equal treatment), prompt – almost as if by organic response – a EU citizenship exception. These elements of EU law are necessary for generating the EU citizenship exception, but this exception only emerges to the extent that such elements contact with the nationality exception found at national level. This is why a EU citizenship exception will not apply if the Member State of origin does not apply a nationality exception (as in this case free movement is not affected), or the Member State to which extradition is requested does not apply a nationality exception (as in this case equal treatment is not affected).

None of this intends to deny the high symbolism of this EU Law development. The nationality exception remains one of the most iconic protections conferred by many States to their nationals, and now it has been given regional breadth. Still, the fact is that the new EU citizenship alone does not generate such a protection, meaning that Member States, if they so wished, could neutralise it completely: they would ‘only’ have to abandon their old nationality exception.

3.1.2. *THE 2000 TREATY OF FRIENDSHIP, COOPERATION AND CONSULTATION BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL*

International arrangements between Brazil and Portugal symbolising and giving depth and actuality to their common history have existed practically since the moment of independence of Brazil,

⁷⁷ With this view, do however see Christian Ritz / Bernardo Vasconcelos, “Extradition discrimination? Piscioti’s legal battle continues as Regional Court of Berlin refers questions of fundamental EU law principles to the CJEU”, *European Competition Law Review* 37 (2016), p. 281, referring to another “milestone in the path to complete European Citizenship”. On the history of EU citizenship prior to this development, see Thérèse Blanchet, “From Workers to Citizens – The Evolution of European Citizenship”, *New Journal of European Criminal Law* 7 (2016), p. 142 f.

more specifically since the 1825 Treaty of Peace and Alliance signed in Rio de Janeiro, where the unilateral proclamation of independence by Brazil in 1822 was recognised by Portugal.⁷⁸ This Treaty was followed *inter alia* by a 1953 Treaty of Friendship and Consultation,⁷⁹ and in 1971 those two States concluded in Brasilia the Convention on Equality of Rights and Duties, Articles 8 and 9 of which established that “Portuguese and Brazilian nationals covered by the equality status are subject to the criminal law of the State where they reside, in the same conditions as its nationals”, and they “are not liable to extradition, save where requested by State of which they are nationals”. In 2000, this Treaty was replaced by a new Treaty of Friendship, Cooperation and Consultation, signed in Porto Seguro on 22 April.⁸⁰ Article 18 of this Treaty practically replicates the provisions of the 1971 Treaty concerning jurisdiction and extradition.

The Constitutions of both Brazil and Portugal in force at that moment already provided for a principle of equality between Brazilian and Portuguese nationals, and such a principle is also provided for in the Constitutions currently in force.⁸¹ However, whereas in the case of Brazil the extradition of Portuguese citizens to third States would be directly limited by the Constitution to the (very narrow set of) cases in which Brazilian naturalised citizens can be extradited,⁸² in Portugal

⁷⁸ See Zília Osório de Castro, “A ‘Varanda da Europa’ e o ‘Cais do Lado de Lá’ – Tratado de paz e aliança entre D. João VI e D. Pedro (29-08-1825)”, in Zília Osório de Castro *et. al.*, *op. cit.*, p. 23 f.

⁷⁹ See Fernando Martins / Pedro Leite de Faria, “Um Primeiro Passo no Bom Caminho O Tratado de Amizade e Consulta (16.11.1953)”, in Zília Osório de Castro *et. al.*, *op. cit.*, p. 251 f.

⁸⁰ On this Treaty, see Cristina Montalvão Sarmento, “Tratado do Milénio: 500 Anos para Redescobrir a História (22.04.2000)”, in Zília Osório de Castro *et. al.*, *op. cit.*, p. 289. f. The Treaty was promulgated in Brazil by Presidential Decree no. 3.927, of 15 September 2001. In Portugal it was ratified by Presidential Decree no. 79, of 14 November 2000, and its application was regulated in further detail through Decree-Law no. 154/2003.

⁸¹ See – albeit with nuances which cannot be explored further in this text – Article 12 (§1) of the Constitution of Brazil and Article 15 (3) of the Constitution of Portugal. The latter Constitution further affirms, in Article 4, that “Portugal shall maintain privileged bonds of friendship and cooperation with Portuguese-speaking countries”.

⁸² See *e.g.* Artur de Brito Gueiros Souza, *op. cit.*, p. 329.

the case seems to be slightly different, in that the Constitution requires a “law” to confer one such right upon Brazilian nationals, and this has only occurred with the ratification of the 1971 Treaty (and later with the ratification and regulation of the 2000 Treaty). On the other hand, the Brazilian Constitution requires that reciprocity conditions be met, meaning that such a protection of Portuguese nationals would only apply if Portugal offered a similar treatment to Brazilians.⁸³ Thus, were it not for those treaties and their incorporation into the legal orders of Brazil and Portugal, there would arguably be no effective limitations whatsoever on the extradition of each other’s nationals to third States.

These limitations on the extradition of Brazilian and Portuguese nationals to third States are not mere ‘law in the books’, as they have been applied in actual practice. Thus, for instance, on 2 September 1998, the Brazilian Federal Supreme Court – still ruling under the 1971 Treaty (more specifically under Presidential Decree no. 70.391/72, through which Brazil promulgated that Treaty) – refused the extradition of a Portuguese national to Italy and ordered her release from preventative custody, in which she had been placed on account of the extradition request.⁸⁴

It is important to observe that both the Brazilian and the Portuguese Constitutions require, in order for the equality status to be triggered, that the individuals in question be their permanent residents, which presupposes that this status be granted at the internal level through specified proceedings. The 2000 Friendship Treaty itself provides in its Article 15 that the equality status will only produce its effects as of the moment in which a decision granting such a status is issued and duly registered.⁸⁵ Consequently, in the absence of this formalisation, Brazilian

⁸³ This situation is somewhat symmetrical to that assessed above on the extradition of nationals *between* Brazil and Portugal, which is mostly hindered by the Brazilian Constitution. In contrast, in this case, it is mostly the Portuguese Constitution that would hinder the non-extradition of each other’s nationals to third States.

⁸⁴ Supremo Tribunal Federal, PPE 302-QO, 16 November 1998, *apud* Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça – Departamento de Estrangeiros, *Manual de Extradicação*, Brasília, 2012, p. 45 f.

⁸⁵ Although – at least in the case of Portugal – the decision itself may be issued *ex officio* (that is, not necessarily at the request of its potential beneficiary): see Article 26 (1) of Decree-Law no. 154/2003, of 15 July (see the following

and Portuguese nationals will not benefit from such a protection against extradition to third States. An example of this is a case decided by the Brazilian Federal Supreme Court in 1996 – also still under the 1971 legal arrangement –, in which a Portuguese national who was not covered by the equality status was extradited to France, with the Court stressing the non-automaticity of this protection.⁸⁶

3.2. A COMPARATIVE APPRAISAL

Albeit similar at a first glance, the EU Law and the Brazil-Portugal limitations on extradition to third States are very different in many respects. Such differences reflect the fundamentally diverse nature of the bonds which bind the Member States of the EU and those which bind the two Atlantic countries, as well as the current characteristics of those two different clusters of States. In the impossibility to address all the differences between those two legal and political landscapes (and the many nuances within each of them), the following lines seek to outline those which appear to be the most prominent and interesting ones, with more emphasis being placed on conceptual than on practical issues.

a) The first difference that should be mentioned – and which ultimately, in a more or less direct manner, contributes to explaining all other differences – concerns the underlying reasons for those limitations on extradition to third States. In the EU, the concern is primarily with the effectiveness of the freedom of movement, which is one of the foundational elements of EU law and a pivotal aspect of this political and economic project. Even the non-discrimination element – albeit also a core element of EU Law – is somewhat secondary to the freedom of movement in the context of the development of the EU citizenship exception to extradition. This is why, although both elements are necessary to elicit this exception,

footnote). On the other hand, Article 21 of the 2000 Treaty provides for a duty on the two States to communicate to each other the individuals who obtain or lose the equality status.

⁸⁶ Supremo Tribunal Federal, Extradicação 674, 12 December 1996, *apud* Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro, “O Novo Estatuto de Igualdade entre Brasileiros e Portugueses”, *Lex Humana* 6 (2014), p. 108.

the exception will not apply if the law of the Member State of origin does not provide for a nationality exception to begin with, because in this case free movement remains unharmed.⁸⁷

In contrast, in the Brazilian-Portuguese relationship, limitations on extradition of each other's nationals seem to be less functionalised (or at least not as immediately functionalised) to purposes of political and economic integration. This should help to explain why the sheer movement of a Brazilian or of a Portuguese citizen onto the territory of the other State does not immediately spark any protection vis-à-vis third States, but is instead subordinated to certain substantial requirements – notably, that the individual at issue be a permanent resident of the other State –, and even to a formal accreditation of such requirements through specific administrative proceedings.

b) The previous considerations lead to another issue. While the EU citizenship exception, as noted before, is an extrapolation of the classic nationality exception, the limitations on the extradition of Brazilian and Portuguese nationals to third States does not so directly follow from the citizenship status as such. Indeed, to the extent that they requires the individual to be a permanent resident of the State which accords protection vis-à-vis third States, those limitations do not constitute a pure long-armed nationality exception for Brazilians in Portugal and for Portuguese in Brazil. It is not citizenship, in its strictly abstract and symbolical dimensions, that is being given expression in Article 18 of the 2000 Friendship Treaty.

Rather, by requiring permanent residence, Article 18 presupposes the existence of meaningful connections between the State that accords protection and the individual in a more social than political sense – that is, as someone whose family, social and professional circles are based in that place. Thus, while EU citizens may now be protected from extradition to third States as of the very moment when they cross the border to another Member State, Brazilian or Portuguese citizens will not receive that type of protection in such immediate terms.

By the same token, if an EAW is requested to Portugal by a fellow Member State in respect of a Brazilian citizen who satisfies the conditions

⁸⁷ See *supra*, § 3.1.1.

of said Article 18, Portugal can always refuse or condition the execution of the warrant based on the rehabilitation exception contained in the FD-EAW, mentioned above.

c) Can Brazil and Portugal refuse to extradite each other's nationals to a third State with which they have in place an extradition treaty (legal instruments such as the EAW and the MAW included) based on which they would in principle be obliged to grant such a request? Norms such as those revealed by the ECJ in *Petruhhin* and those contained in the 2000 Friendship Treaty between Brazil and Portugal raise a classic problem of conflict of international obligations. This problem (which is similar to that which takes place between treaty-based obligations to extradite and treaty-based obligations to protect human rights) is too extensive and complex to be addressed here in a remotely satisfactory manner, but this potential for conflict should not be left unmentioned.⁸⁸

Indeed, the *Petruhhin* principle generates situations of necessary breach of international obligations by the Member State: either it refuses extradition, thus complying with EU Law but breaching an extradition treaty with the third State, or the other way around. The same applies to the 2000 Friendship Treaty, which raises yet another issue, addressed below.

d) Whereas the EU citizenship exception, by definition, can only apply if, *inter alia*, the Member State to which extradition is requested could not extradite an own national, the 2000 Friendship Treaty contains an apparently self-standing rule which prohibits Brazil and Portugal from extraditing each other's citizens to third States in any circumstances, regardless of whether or not their own nationals could be extradited in the case at issue.

Nevertheless, an interpretation according to which the nationals of the other State could benefit from wider protection than even own nationals appears to lack teleological and historical grounding. It is quite doubtful that the drafters of the 2000 Friendship Treaty would have intended for such a radical approach. The basis for this contention is self-evident: underlying

⁸⁸ See further on this topic in Harmen van der Wilt, "On the Hierarchy between Extradition and Human Rights", in Erika De Wet / Jure Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 150 f.; and Miguel João Costa, *Extradition Law... op. cit.*, Chap. 3, § 3.6.

this protection vis-à-vis third States is an intention of Brazil and Portugal to promote equality between Portuguese and Brazilian citizens, whereas that interpretation would generate inequality (in terms similar to those which in the conceptual framework of EU Law are generally referred to as reverse discrimination).⁸⁹ From a historical perspective, it is indeed quite doubtful that the Portuguese State, which in the constitutional amendment of 1997 had made room for extraditing its own nationals in certain cases (notably regarding serious types of criminality such as terrorism), would have intended in 2000 to prevent itself from extraditing Brazilian citizens to third States in those very same cases. The provisions of the Brazilian and the Portuguese Constitutions which underpin the ‘equality status’ developed at the international level in 1971 and in 2000 are drafted by reference to the set of rights enjoyed by their own nationals. It simply does not make sense to – partly in the name of a citizenship status – surpass the set of rights that one assigns to one’s own citizens.

Thus, it would appear that Article 18 of the Friendship Treaty between Brazil and Portugal will be best understood as providing that each other’s nationals cannot be extradited (only) in cases where their own nationals could not be extradited either. Interpreted in this sense, the Friendship Treaty would produce similar effects as EU law insofar as this aspect is concerned. This view is also consistent from a systematic angle, in that the very same provision establishes that Brazilian and Portuguese nationals are subject to the criminal laws of the other State in the “same conditions as the respective nationals”. That is, insofar as jurisdictional issues are concerned, it is Article 18 itself that reiterates the note of ‘equality’.

e) The Friendship Treaty and EU Law do have one major common denominator, which precisely touches upon a jurisdictional issue: both are concerned with impunity, and, thus, neither admits that extradition be refused if the consequence would be impunity.⁹⁰ As suggested before,

⁸⁹ On the concept, see *e.g.* Koen Lenaerts, “ ‘Civis Europaeus Sum’: From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union”, in Pascal Cardonnel / Allan Rosas / Pernilla Lindh (eds.), *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*, Oxford: Hart, 2012, p. 213 f.

⁹⁰ Some authors have suggested that extradition of EU citizens should be refused regardless of a risk of impunity. Franz Leidenmühler / Sandra Grafeneder,

this is a most reasonable approach. Sight should never be lost of the fact that, by refusing extradition based on a citizenship status (whether conferred by itself or by a partner-State), a State will be denying the State that deserves primacy at the jurisdictional level (*sc.* the State in whose territory or against whose interests the offence was committed) the possibility to pass its own justice on the case, moreover with better prospects of reaching a fair decision. Jurisdiction and extradition are intertwined, in that they both pursue the same basic goal: to enable States to ascertain whether given individuals are criminally liable. This intrinsic relation is the essence of the old *aut dedere aut judicare* principle. Moreover, being cautious not to generate unwarranted punitive gaps is all the more justified where – as is the case here – refusal of extradition, although itself based on a treaty, may carry the breach of another treaty: the situation of necessary breach mentioned above.⁹¹

But even here there is an interesting difference between the Friendship Treaty and EU Law. In the case of EU Law, the possibility to prosecute the acts within the EU constitutes a condition for extradition to be refused to the third State: extradition can only be refused ‘if’ prosecution in the EU is possible. In *Petruhhin*, the ECJ by no means implied that Member States would have jurisdiction to prosecute the acts for which extradition is requested by third States. In fact, this only lends further strength to the view according to which this was not a development based strictly on EU citizenship, because States which provide for a

“Civis europaeus sum! – Current legal issues relating to the extradition of citizens of the Union to third States. Discussion of the Cases C-182/15, *Petruhhin*; C-473/15, *Schotthöfer & Steiner*; C-191/16, *Pisciotti*”, *European Legal Forum* 3 (2016), p. 58 f. However, this position cannot be endorsed: not only for certain reasons more specific to EU Law, but also for the reasons expounded subsequently in the text, which in my view apply rather transversally in cooperation matters.

⁹¹ It is also interesting to note that both EU Law and the Friendship Treaty allow for prosecution to be carried out, not necessarily in the State to which extradition is requested by the third State, but in the State of which the person concerned is a national. That is, in both cases, the ‘*judicare*’ option – one of the alternatives for avoiding impunity – may itself involve a ‘*deditio*’ (that is, an extradition, or, in the case of the EU, an EAW) to the partner-State, on behalf of which extradition to the third State is refused.

classic nationality exception (often in their constitutional law)⁹² do not make it dependent upon the condition that they are able to prosecute the acts (which they generally are, but based on a ground for jurisdiction established at the mere level of ordinary law).⁹³

In contrast, Article 18 of the Friendship Treaty establishes – in fact, this is its opening provision – a basis for jurisdiction in criminal matters: “Portuguese and Brazilian citizens who are beneficiaries of the equality status are subject to the criminal law of the State in which they reside in the same conditions as the respective nationals”. In this way, Brazil and Portugal will necessarily and assuredly have the prerogative to prosecute the offences committed by each other’s nationals whose extradition they refuse pursuant to this Treaty. Thus, this refusal rests not dependent on anything. This is not only sensible in the light of the impunity issue, but also it is justified in the light of one aspect which has already been highlighted above in a different regard: the fact that those individuals are permanent residents of the State allows it to presume that they are acquainted with its penal law and reinforces their responsibility to comply with it. In this sense, this provision is not only (perhaps not even mainly) a manifestation of the *aut dedere aut judicare* principle – that is, a derivative basis for jurisdiction aimed at compensating for the non-extradition of those individuals –, but also a primary and self-standing basis for jurisdiction grounded on their substantial quality as residents.

f) A final note concerns the difference, within each of the normative frameworks in analysis, between the immediate (or direct) and the collateral (or indirect) effects of interstate affinity. In the EU, as we saw, being a national of a Member State has limited relevance as a ground for this State not to execute an EAW, while, since *Petruhhin*, being a national of a(ny) Member State may signify being protected against extradition to a third State. This brings the EU closer to criminal justice areas typical of a State, within which individuals can be almost unconditionally transferred to the adequate forum (be it a legal district

⁹² See Article 5 (LI) of the Brazilian Constitution, and Article 33 (3) of the Portuguese Constitution.

⁹³ See Article 7 (II) (b) of the Brazilian Penal Code, and Article 5 (1) (e) of the Portuguese Penal Code.

or, in the case of a federal State, a federated State), but to the exterior of which they benefit from certain protections which tend to apply somewhat homogeneously regardless of the forum where the decision whether or not to extradite is taken. This is consistent with the considerations adduced above on the EU as a highly cohesive political, legal and economic area.

In contrast, there is no such consistency in the case of Brazil-Portugal relations. They refuse extradition of each other's nationals to third States – which is a most impressive signal of interstate affinity, for this is by no means standard practice or even relatively normal –, and yet they generally also refuse extradition of their own nationals to each other – even though extraditing own nationals is becoming increasingly normal. The dominant note is, in both directions, non-extradition. Of course, this has to do with the fact that the nationality exception is enshrined in their constitutions in general and abstract terms (with no differentiation as to the identity of the requesting State), and that from a political standpoint the nationality exception can be quite sensitive and difficult to amend. Even in the EU, without detriment to earlier measures, meaningful change in extradition matters arrived only with the EAW, and it took an event of extraordinary international impact (9/11) for Member States to reach the consensus necessary for adopting it.⁹⁴

In the meantime, the road that can – and has – been followed by Brazil and Portugal is to devise trusted partners that justify intensified cooperation on their part, such that at the international level improvements continue to be pursued and the groundwork laid for changes at the national level to become operative if and when they are enacted.

4. CONCLUSION

In the field of cooperation in criminal matters, relations of interstate affinity produce two different and, in a sense, opposite trends insofar as concerns the nationality of the individual: they render

⁹⁴ See e.g. Anne Weyembergh, “L’impact du 11 septembre sur l’équilibre sécurité / liberté dans l’espace pénal européen”, Emmanuelle Bribosia / Anne Weyembergh (eds.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles: Bruylant, 2002, p. 153 f.

extradition easier between those States and more difficult from any of those States to third States. This is visible in the EU and in the bilateral relations between Brazil and Portugal, although these are two rather different types of interstate relations.

In the latter case, despite meaningful steps taken in that direction through the conclusion of international treaties which at least admit the extradition of own nationals (the first effect of interstate affinity mentioned above), cooperation remains hindered by the constitutional rules in force in those States. Nevertheless, the symbolism of those treaties should not be underestimated: they are illustrative of the close ties that bind those States together, and promising of further cooperation between them.

At present, there is hardly any sound argument (normative or empirical) in support of the old tradition of civil law States not to extradite their own nationals, at least when serious crimes are at stake. Nevertheless, inasmuch as the classic nationality exception preserves any validity or applicability, it is only natural that a State, in certain circumstances, will seek to provide identical treatment to the nationals of other States to which it is bound by strong ties of affinity.

For obvious reasons, such a protection should not be more intense than that which is provided to one's own nationals, and States should beware not to allow their policies of interstate friendship to generate impunity, notably where the third State is the one that was injured the most by the offence. The construction of EU law and the regime of the relations between Brazil and Portugal are satisfactory in this respect, since the requested individual can always either be prosecuted or extradited.

A comparative analysis of the limitations on extradition to third States from the EU and from Brazil or Portugal reveals important similarities, but several differences do exist which follow from the different nature of the underlying bonds, as well as from the current characteristics of those interstate relations. In the EU, the key to understanding limitations on extradition to third States lies in the freedom of movement, a cornerstone of an entire political and economic edifice. In contrast, in the relations between Brazil and Portugal, those limitations do not so visibly translate into advantages. Instead, they appear to be

quite simply a consequence of a policy that pays tribute to a long-standing relationship of political affinity, built upon a time-honoured shared cultural heritage.

REFERENCES

BAKER, Scott; PERRY, David; DOOBAY, Anand. *A Review of the United Kingdom's Extradition Arrangements (Following Written Ministerial Statement by the Secretary of State for the Home Department of 8 September 2010) – Presented to the Home Secretary on 30 September 2011*. 2011. Available at: in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117673/extradition-review.pdf. Accessed 27 May 2019.

BLAKESLEY, Christopher L. The Law of International Extradition: A Comparative Study. In: DUGARD, John; VAN DEN WYNGAERT, Christine (eds.), *International Criminal Law and Procedure*. Brookfield: Dartmouth, 1996.

BLANCHET, Thérèse. From Workers to Citizens – The Evolution of European Citizenship, *New Journal of European Criminal Law* 7 (2016), <https://doi.org/10.1177/203228441600700204>

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal | Coimbra Editora, 2010.

CAEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português. In: *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAMEIRA, Maria Cecília de Sousa. A Arte do Compromisso: Tratado de extradição de criminosos entre Portugal e o Brasil (10.06.1872). In: CASTRO, Zília Osório de, et al. (eds.). *Tratados do Atlântico Sul: Portugal-Brasil, 1825-2000*. Lisboa: Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. A extradição de Portugal para o Brasil de cidadãos portugueses naturalizados, *Revista Direito GV* (forthcoming)

CASTRO, Zília Osório de. A ‘Varanda da Europa’ e o ‘Cais do Lado de Lá’ – Tratado de paz e aliança entre D. João VI e D. Pedro (29-08-1825). In: CASTRO, Zília Osório de, et al. (eds.). *Tratados do Atlântico Sul: Portugal-Brasil, 1825-2000*. Lisboa: Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2006.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal (com a colaboração de Figueiredo Dias), Volume I*. Coimbra: Almedina, 1963.

COSTA, Miguel João. *Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond*. Leiden: Brill | Nijhoff, 2019 (forthcoming: <https://brill.com/abstract/title/55916>)

COSTA, Miguel João. The Emerging EU Extradition Law: *Petruhhin and Beyond*, *New Journal of European Criminal Law* 8 (2017). <https://doi.org/10.1177/2032284417711576>

COSTA, Miguel João. *Dedere Aut Judicare? A Decisão de Extraditar ou Julgar à luz do Direito Português, Europeu e Internacional*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. Available at: https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/tesesMD/tese-mestrado_1.pdf

CUNHA, Damião da. Artigo 33.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição da República Portuguesa Anotada: Vol. I*, 2nd ed.. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

DANTAS, Leila Poconé. Entrega de Nacionais ao Tribunal Penal Internacional versus Vedação Constitucional de Extradicação, *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe* 10 (2007).

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Extradicação de Nacional no Direito Brasileiro: O Pioneirismo do Caso Cláudia Hoerig, *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais* 69 (2016). <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2016v69p769>

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A Extradicação na Contemporaneidade: Breves Reflexões, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* 4 (2005). <https://doi.org/10.22456/2317-8558.50463>

DELGADO, José de Pina; FONSECA, Jorge Carlos; DELGADO, Liriam Tiujo (org.). *Aspectos Polémicos da Extradicação em Cabo Verde e no espaço Lusófono: Nacionalidade, Pena Aplicável, Institutos Afins*. Cidade da Praia: Editora do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DINIZ, Irene Bogado; PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. Uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre Extradicação: O Brasil Não É o Paraíso para os Criminosos Estrangeiros, *Cosmopolitan Law Journal* 2 (2014). <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.12375>

GOMES, Maurício Augusto. Aspectos da extradicação no Direito brasileiro, *Justitia* 52 (1990). <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24090>

HENZELIN, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international: Droit et obligation pour les états de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*. Basel: Schulthess Verlag, 2001.

JARDIM, José Vera. Por fim, podemos extraditar portuguesas! – Explicações de um Ministro. In: NUNES, António José Avelãs, et al. *A Inclusão do Outro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

JÚNIOR, Luiz Carlos Ormay; ARRUDA, Rejane Alves de. O Processo de Extradicação e seus Limites no Brasil: Apontamentos de Acordo com o Entendimento do Supremo Tribunal Federal, *Revista Thesis Juris* 7 (2018). <https://doi.org/10.5585/rjt.v7i2.559>

KLIP, André. Europeans First!: *Petruhhin*, an Unexpected Revolution in Extradition Law, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 25 (2017). <https://doi.org/10.1163/15718174-02503001>

KLIP, André. *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed. Cambridge: Intersentia, 2016.

LEIDENMÜHLER, Franz; GRAFENEDER, Sandra, “Civis europaeus sum! – Current legal issues relating to the extradition of citizens of the Union to third States. Discussion of the Cases C-182/15, *Petruhhin*; C-473/15, *Schotthöfer & Steiner*; C-191/16, *Pisciotti*”. *European Legal Forum* 3 (2016).

LENAERTS, Koen. ‘Civis Europaeus Sum’: From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union. In: CARDONNEL, Pascal; ROSAS, Allan; LINDH, Pernilla (eds.). *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*. Oxford: Hart, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, 20th ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, Guilherme Aresi Madruga. *Extradicação Passiva e Nacionalidade – Investigação sobre a viabilidade jurídica da extradição de pessoa que perdeu a nacionalidade brasileira originária*, Bachelor Thesis – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

MARTINS, Fernando; FARIA, Pedro Leite de. Um Primeiro Passo no Bom Caminho O Tratado de Amizade e Consulta (16.11.1953). In: CASTRO, Zília Osório de, et al. (eds.). *Tratados do Atlântico Sul: Portugal-Brasil, 1825-2000*, Lisboa: Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2006.

MATHISEN, Gjermund. Nordic Cooperation and the European Arrest Warrant: Intra-Nordic Extradition, the Nordic Arrest Warrant and Beyond,

Nordic Journal of International Law 79 (2010). <https://doi.org/10.1163/157181009X12581245929569>

MATOS, Ricardo Jorge Bragança de. O princípio do reconhecimento mútuo e o Mandado de Detenção Europeu, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 14 (2004).

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Algumas Questões sobre a Extradicação no Direito Brasileiro, *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais* 14 (2011).

MOORE, John Basset. *A Treatise on Extradition and Interstate Rendition*. Boston: Boston Book Company, 1891.

PEREIRA, Luís Silva. Contributo para uma Interpretação dos Artigos 12 n.º 1 al. g) e 13.º al. c) da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 7 (2007).

PIÇARRA, Nuno. A proibição constitucional de extraditar nacionais em face da União Europeia, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 7 (2007).

RIBEIRO, Jeancezar Ditzz de Souza. O Novo Estatuto de Igualdade entre Brasileiros e Portugueses, *Lex Humana* 6 (2014). http://dx.doi.org/10.14195/2175-0947_6-1_6

RITZ, Christian; VASCONCELOS, Bernardo. Extradition discrimination? Pisciotti's legal battle continues as Regional Court of Berlin refers questions of fundamental EU law principles to the CJEU, *European Competition Law Review* 37 (2016).

ROCHA, Manuel António Lopes; MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal: Comentários*. Lisboa: Aquitas / Editorial Notícias, 1992.

RODAS, João Grandino. Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 4 (2000).

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

RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção Europeu – Na Via da Construção de um Sistema Penal Europeu: Um Passo ou um Salto?, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 13 (2003).

RÖHRIG, Markus. Nowhere to Hide? Extradition in Antitrust Cases from a European Perspective, *Journal of European Competition Law & Practice* 6 (2015). <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpu099>

SARMENTO, Cristina Montalvão. Tratado do Milénio: 500 Anos para Redescobrir a História (22.04.2000). In: CASTRO, Zília Osório de et al. (eds.), *Tratados*

do Atlântico Sul: Portugal-Brasil, 1825-2000. Lisboa: Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2006.

SATZGER, Helmut. Is mutual recognition a viable general path for cooperation?. In: Pedro Caeiro (org.), *Proceedings of the Conference 'European Criminal Law in the Global Context: Values, Principles and Policies' (Abstracts)*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*, München: Nomos Verlag, 2012.

SCHUTTE, Julian J. E. O Direito Internacional Público e a Competência Extraterritorial em Matéria Penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993).

SEGABINAZI, Fabiane. Uma análise da extradição no Direito brasileiro, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* 24 (2004). <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73496/41379>

SHEARER, Ivan Anthony. Non-Extradition of Nationals – A Review and Proposal, *Adelaide Law Review* 2 (1966).

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português I, Parte Geral: Introdução e Teoria da Lei Penal*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001.

SOMERS, Margaret R. *Genealogies of Citizenship: Markets, Statelessness, and the Right to Have Rights*. Cambridge: University Press, 2008.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Extradition in South America. The case of Brazil, *ERA Forum* 19 (2019). <https://doi.org/10.1007/s12027-018-0536-1>

STRANDBAKKEN, Asbjørn. Extradition between Nordic countries and the new Nordic Arrest Warrant. In: KEIJZER, Nico; VAN SLIEDREGT, Elies (eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.

SUOMINEN, Annika. The Nordic Arrest Warrant finally in force, *European Criminal Law Review* 4 (2014). <https://doi.org/10.5235/219174414811783379>

SWART, Bert. Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition, *Netherlands Yearbook of International Law* 23 (1992). <https://doi.org/10.1017/S016767680000221X>

VERVAELE, John. European Criminal Law and General Principles of Union Law, *Research Papers in Law* 5 (2005).

VESTERGAARD, Jørn; ADAMO, Silvia. Mutual Recognition in Criminal Matters: The Danish Experience, *Scandinavian Studies in Law* 54 (2009).

WEYEMBERGH, Anne. L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité / liberté dans l'espace pénal européen. In: BRIBOSIA, Emmanuelle / WEYEMBERGH, Anne (eds.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

WILT, Harmen van der. On the Hierarchy between Extradition and Human Rights. In: WET, Erika De / VIDMAR, Jure (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor 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): o autor 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: 07/04/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/04/2019
- Avaliação 1: 10/05/2019
- Avaliação 2: 23/05/2019
- Decisão editorial preliminar: 23/05/2019
- Retorno rodada de correções: 27/05/2019
- Decisão editorial final: 06/06/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Editor-assistente: 1 (CRG)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

COSTA, Miguel João. Policies of International Friendship in Judicial Cooperation in Criminal Matters: The Non-Extradition of Brazilian and Portuguese Nationals to Third States – A Comparison with EU Law. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 773-817, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.241>



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

A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldades

The harmonization of legislative provisions in criminal matters as an instrument of judicial cooperation in the European Union: goals and difficulties

Eduardo Bolsoni Riboli¹

Universidade de Lisboa – Portugal

eduardoriboli@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9159008933150913>

 <http://orcid.org/0000-0002-8691-3390>

RESUMO: O presente estudo tem por objeto analisar a utilização da harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia. Mediante pesquisa exploratória realizada a partir de análise documental e revisão bibliográfica europeia e internacional, verificar-se-á a origem da harmonização na União Europeia, a sua evolução ao longo dos Tratados de Maastricht, Tratado de Amsterdam e Tratado de Lisboa, o seu contexto atual e as finalidades e desafios que a harmonização enfrenta no cenário jurídico da União Europeia no contexto atual. Ao final, constata-se que, apesar de perder parcela de sua autonomia em decorrência das transformações promovidas pelo Tratado de Lisboa, a harmonização deve ainda ser considerada um valioso e viável instrumento para a prevenção e o

¹ Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Criminais) pela Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Brasil). Investigador do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal).

combate das criminalidades grave, organizada e transfronteiriça.

PALAVRAS-CHAVE: harmonização; aproximação; harmonização de leis penais; cooperação judiciária.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the use of harmonization of legislative provisions in criminal matters as an instrument of judicial cooperation in the European Union. Through exploratory research based on European and international documentary and bibliographic analysis and review, we will analyze the origins of harmonization on the European Union, its evolution throughout the Treaty of Maastricht, the Treaty of Amsterdam and the Treaty of Lisbon, as well as its current context and the objectives and challenges that harmonization faces in the current European Union legal scenario. At the end, we conclude that while it lost a portion of its autonomy because of the changes brought by the Treaty of Lisbon, harmonization must still be seen as a valuable and viable tool for preventing and fighting serious, organized and cross-border crime.*

KEYWORDS: *harmonization; approximation; harmonization of criminal laws; judicial cooperation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A harmonização de disposições legislativas em matéria penal na União Europeia; 1.1. Harmonização: uma breve análise conceitual; 1.2. A origem da harmonização de disposições legislativas em matéria penal na União Europeia; 1.3. O contexto atual da harmonização em matéria penal na União Europeia; 2. Harmonizar ou não? Finalidades e dificuldades da harmonização de leis penais na União Europeia; 2.1. Finalidades; 2.1.1. Eficácia na prevenção e no combate à criminalidade; 2.1.2. Reforço dos demais instrumentos de cooperação em matéria penal e facilitação do funcionamento de agências, serviços e atores da União Europeia; 2.1.3. Concretização de princípios, objetivos e políticas da União Europeia; 2.1.4. Reforço da identidade europeia e a preservação da identidade nacional; 2.1.5. Fortalecimento da “função escudo” do direito penal: observância e reforço de direitos fundamentais e garantias processuais penais; 2.2. Dificuldades e entraves; 3. Harmonização: um inevitável caminho a trilhar; Considerações finais.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos das últimas quatro décadas e o processo de mundialização reestruturaram o convívio em sociedade. Como resultado destes fenômenos, o mundo foi “encurtado”²: os canais de comunicação foram ampliados, as transações financeiras agilizadas, a circulação de pessoas facilitada e as relações interpessoais mundializadas. O ampliado contato entre indivíduos de diferentes culturas, sociedades e ideologias provocou uma reorganização caótica³ do planeta que acabou por aproximar “tanto os ‘bons’ como os ‘maus’”⁴.

A reestruturação organizacional mundial também provocou reflexos no campo da criminalidade, as inovações sociais e tecnológicas foram assimiladas pela massa criminógena e as práticas criminais passaram a se tornar cada vez mais organizadas, internacionalizadas e informatizadas. A rapidez dos fluxos comunicacionais e financeiros, proporcionada sobretudo pelo desenvolvimento e crescente adoção da Internet, e a facilidade de mobilidade a nível mundial não só facilitaram o cometimento de delitos⁵ e a possibilidade de mitigar ou até mesmo impedir a sua punibilidade como também abriram caminho para o surgimento de novas práticas criminosas, como é o caso dos crimes informáticos ou aqueles realizados por meios eletrônicos⁶. Por conseguinte, o crime

² DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, A. 20, n. 99, p. 35-51, 2012, p. 46.

³ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 362 e ss.

⁴ LAUREANO, Abel. Dois institutos da “cooperação judiciária em matéria penal” na União Europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 283-308, 2010, p. 284.

⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora: 2002, pp. 13-16.

⁶ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 35 e ss., especialmente p. 36; RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal...* cit., pp. 366-369; PINTO, Inês Horta. *A harmonização dos*

não apenas ganhou proporções globais como se adaptou às novas formas de interação social⁷, com incontestáveis repercussões no direito penal e na criminologia⁸.

Essas transformações apresentam diferentes desafios governamentais e jurídico-penais, especialmente no que diz respeito à eficácia da persecução penal de crimes transfronteiriços. Neste campo, os desafios se ramificam em múltiplas vertentes que podem variar desde a escolha dos métodos de investigação a serem utilizados⁹ até problemas de jurisdição decorrentes do princípio da não-intervenção e da aplicação da lei penal no tempo e no espaço (pluralidade e dispersão geográfica de agentes, de condutas criminosas e de seus resultados, por exemplo). Essas e outras questões exigem dos Estados o aperfeiçoamento de seus instrumentos jurídicos, de modo a viabilizar soluções capazes de dirimir tais problemáticas.

Embora demonstrados sucintamente, estes são alguns dos diversos obstáculos que o direito penal e o processo penal enfrentam na atualidade, questões que exigem dos Estados uma interpretação jurídico-penal cada vez mais holística, tão atenta aos problemas criminais externos quanto às adversidades internas. Em outras palavras, devem o

sistemas de sanções penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 56-60; RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os *softwares* de espionagem. *Revista Galileu*, Lisboa, v. XIX, n. 2, p. 49-77, 2018, pp. 50-52.

⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *II Congresso de Processo Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 21; FERNANDES, Paulo Silva. Op. cit., pp. 35-36 e ss.; PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 56-60; RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal...* cit., pp. 366-369.

⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5^a ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁹ Sobre o tema, ver as problemáticas relacionadas à interceptação de comunicações em massa e ao uso de *softwares* de espionagem como meio de obtenção de prova em processo penal em RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os *softwares* de espionagem. *Revista Galileu*, Lisboa, v. XIX, n. 2, p. 49-77, 2018.

direito penal e o processo penal estar atentos aos diferentes problemas decorrentes de uma sociedade mundializada.

É nesse contexto que ressaltamos a importância social do presente estudo, em um momento em que a cooperação judiciária em matéria penal parece ser imprescindível para frear os novos desafios postos ao direito penal.

Verificaremos no presente estudo que, em matéria penal, a União Europeia criou a possibilidade de aproximação das disposições legislativas dos seus Estados-Membros como um instrumento de cooperação judiciária que busca solucionar com mais eficácia os novos problemas apresentados ao direito penal atual. Concentraremos o estudo na harmonização, nas suas finalidades e nas suas dificuldades, referindo a sua origem e evolução na União Europeia e a sua importância para o combate à criminalidade transfronteiriça.

Para realizar este estudo, utilizamos uma abordagem exploratória a partir de revisão documental dos tratados que estabeleceram a harmonização como um instrumento de cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia e de revisão bibliográfica europeia e internacional referente à temática proposta.

A harmonização, conforme veremos, apresenta-se como uma forma eficaz de contribuir na solução do problema da criminalidade atual, com possíveis efeitos secundários que possibilitam o cumprimento dos princípios, objetivos e políticas da União Europeia.

1. A HARMONIZAÇÃO DE DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA PENAL NA UNIÃO EUROPEIA

Por estar alicerçada por ideais como a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais entre os seus Estados-membros, a União Europeia percebeu a necessidade de criação de mecanismos capazes de conferir mais eficácia ao combate à criminalidade, especialmente a transfronteiriça, a fim de garantir a segurança de seus cidadãos. Para além da criação de agências e redes de prevenção à criminalidade (como a *Eurojust* e a *Europol*) e de instrumentos como o mandado de detenção europeu, a

União Europeia também busca promover a harmonização de leis penais de seus Estados-membros como medida para a prevenção e persecução penal de crimes de especial gravidade.

Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam, a União Europeia adquiriu jurisdição penal autônoma¹⁰ – uma *meta-jurisdição*, como observa Pedro Caeiro¹¹ –, possuindo desde então competência para estabelecer regras mínimas relativas à definição dos “elementos constitutivos das infracções penais” e das “sanções aplicáveis”¹² no âmbito de determinadas modalidades de criminalidade¹³. Previamente à análise da origem, das finalidades e dos entraves postos à harmonização de leis penais, faz-se necessário antes delinear alguns conceitos preliminares para a melhor compreensão da problemática.

¹⁰ Cf. artigos 29.º; 31.º, n.º 1, alínea e; 34.º, n.º 2, alínea b, todos do Tratado da União Europeia, na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam. Sobre o tema, cf. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: o caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

¹¹ Uma vez que a União Europeia não possui competência para editar normas penais com eficácia imediata, mas sim apenas o poder de impor aos Estados-membros o dever de edição de leis penais que prescrevam o conteúdo de uma proibição, a previsão de penas para a violação da norma, o seu alcance ou o âmbito, e regras processuais (cf. 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 Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* — Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 182).

¹² Conforme previsto no artigo 31.º, n.º 1, alínea e do Tratado da União Europeia, na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam.

¹³ Inicialmente restrita aos “domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga” (artigo 31.º, n.º 1, alínea e do Tratado da União Europeia, na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam). Este âmbito foi alargado pela atual versão do artigo 83.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “(...) São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: 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”.

1.1. HARMONIZAÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE CONCEITUAL

A fim de evitar a sua subsunção a outros instrumentos existentes no contexto europeu, mostra-se oportuna uma breve análise etimológica do termo *harmonização*.¹⁴

O termo *harmonização* (do grego *εναρμόνιση*¹⁵) significa a “ação ou efeito de harmonizar”¹⁶. *Harmonizar*, por sua vez, é um termo construído a partir da reunião da palavra *harmonia* e o sufixo *-izar*, e significa “pôr(-se) ou estar em harmonia, em acordo”¹⁷, ou ainda “estabelecer harmonia entre, conciliar, fazer concordar”¹⁸. *Harmonia* (do latim *harmonia*¹⁹, derivado do grego *ἀρμονία*²⁰) é a “combinação de elementos ligados por uma relação de pertinência, que produz uma sensação agradável e de prazer; ausência de conflitos; paz, concórdia; conformidade entre coisas ou pessoas; concordância, acordo”²¹.

¹⁴ Cf., também, CALDERONI, Francesco. *Organized Crime Legislation in the European Union: Harmonization and Approximation of Criminal Law*, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime. Heidelberg: Springer, 2010, pp. 1-6; e PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 78-79, autores que, embora sob ótica diversa, também efetuam interessante análise etimológica do termo.

¹⁵ BOLTING, Rudolf. *Dicionário Grego-Português*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953, p. 235.

¹⁶ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. *Dicionário do Português Atual Houaiss*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2011, p. 1245.

¹⁷ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Op. cit., p. 1245.

¹⁸ DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Harmonizar*. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/harmonizar>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

¹⁹ “Proporção entre as partes dum todo; simetria; ordem; (...) sucessão melódica de sons” (TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino-Português*. 2ª ed. Porto: F. Torrinhã, 1942, p. 373).

²⁰ “Harmonia, acordo, proporção, simetria, união, contrato” (BOLTING, Rudolf. *Dicionário Grego-Português*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953, p. 110). Suspeita-se que o termo *ἀρμονία* seja proveniente da palavra *ἀρμόζο*, que possui diferentes significados: “convir, conveniente” (BOLTING, Rudolf. Op. cit., p. 109); “servir, encaixar, ajustar ou acomodar” (WRIGHT, Benjamin G. *The Letter of Aristeeas: ‘Aristeeas to Philocrates’ or ‘On the translation of the Law of the Jews’*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2015, p. 399).

²¹ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Op. cit., p. 1245.

Em sentido amplo, o vocábulo *harmonia* guarda estreito vínculo com as belas-artes. Na música, harmonia significa “um conjunto de sons relacionados que produzem sensação agradável ao ouvido”²²; na pintura, expressa o sentido de “proporção agradável; equilíbrio de cores, tons ou nuances”²³; e na literatura representa a “forma de combinar os elementos sonoros de uma língua em textos para que soem agradavelmente e provoquem sensação de beleza”²⁴.

No Direito Internacional, o termo *harmonização* vem sendo utilizado para denominar a aproximação de leis de dois ou mais Estados mediante um acordo sobre *standards* ou princípios comuns, preservando-se, contudo, uma parcela de autonomia de cada parte para adaptar as disposições acordadas ao direito doméstico em conformidade às particularidades de seu ordenamento jurídico interno. Neste contexto, normalmente, porém não obrigatoriamente, a harmonização ocorre entre partes signatárias de um tratado internacional ou membros de uma organização. No Direito Comunitário, a harmonização é um instrumento usual que tem como um de seus principais objetivos a eliminação ou redução de divergências legislativas entre diferentes Estados-membros, como ocorre em matéria de regulação do mercado interno da União Europeia.²⁵

Verificam-se, portanto, duas características básicas da harmonização: a existência de elementos diferentes e a concordância entre eles, propriedades que afastam a harmonização da unificação, uma vez que na unificação não há diferenciação de elementos. Destarte, classificamos a harmonização como o ato de ordenar um conjunto de elementos diferentes de modo que encontrem uma afinidade entre si. Dessa forma, em que pese seja o conceito de harmonização no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal na União Europeia alvo de discussão doutrinária²⁶, defendemos que neste contexto a harmonização em matéria penal deve ser compreendida como a ordenação e

²² INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Op. cit., p. 1245.

²³ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 78.

²⁴ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. Op. cit., p. 1245.

²⁵ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 79.

²⁶ Sobre o tema, cf. CALDERONI, Francesco. Op. cit., pp. 1-6.

o ajuste da legislação penal interna dos Estados-Membros, de modo que encontrem uma afinidade entre si e, assim, cumpram os objetivos comuns estabelecidos pela União Europeia, sempre respeitando as particularidades nucleares do sistema jurídico de cada Estado-Membro. A harmonização não tem como objetivo eliminar as diferenças entre sistemas jurídicos, mas sim remover atritos para que haja mais integração e concordância entre eles.

1.2. A ORIGEM DA HARMONIZAÇÃO DE DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA PENAL NA UNIÃO EUROPEIA

A harmonização de leis penais na União Europeia começou a ser estruturada nas disposições contidas no Tratado da União Europeia²⁷ (TUE, também denominado “Tratado de Maastricht”). Conforme consta no preâmbulo do Tratado de Maastricht, um dos objetivos da criação da União Europeia foi “facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos, através da inclusão, no presente Tratado, de disposições relativas à justiça e aos assuntos internos”. No Título VI do Tratado encontram-se previstas as medidas de cooperação de justiça e de assuntos internos, denominadas “questões de interesse comum”, entre elas a cooperação judiciária em matéria penal (artigo K.1, n.º 7, do TUE) e a cooperação policial na prevenção e persecução de modalidades específicas de criminalidade (artigo K.1, n.º 9, do TUE)²⁸.

Embora naquele momento ainda não pudesse ser verificada uma verdadeira harmonização de leis penais na União Europeia, boa

²⁷ MONAR, Jörg. Eurojust and the European Public Prosecutor Perspective: From Cooperation to Integration in EU Criminal Justice?. *Perspectives on European Politics and Society*, Leiden, v. 14, n. 3, p. 339-356, 2013, p. 340; RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal ... cit.*, p. 326.

²⁸ Artigo K.1, n.º 9, do Tratado da União Europeia: “A cooperação policial tendo em vista a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico ilícito de droga e outras formas graves de criminalidade internacional, incluindo, se necessário, determinados aspectos de cooperação aduaneira, em ligação com a organização, à escala da União, de um sistema de intercâmbio de informações no âmbito de uma Unidade Europeia de Polícia (Europol)”.

parte das convenções e dos instrumentos adotados na vigência do Tratado de Maastricht com base no seu artigo K.3²⁹ dispunham sobre a necessidade de estabelecimento de “sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas” e “penas privativas da liberdade que possam dar origem a extradição”³⁰; expressões que, em decorrência de seu recorrente uso,

²⁹ Artigo K.3 do Tratado da União Europeia: “1. Nos domínios a que se refere o artigo K.1, os Estados-membros devem informar-se e consultar-se mutuamente no âmbito do Conselho, de modo a coordenarem a sua acção. Para o efeito, devem instituir uma colaboração entre os competentes serviços das respectivas administrações. 2. O Conselho pode: - por iniciativa de qualquer Estado-membro ou da Comissão, nos domínios a que se referem os pontos 1 a 6 do artigo K.1; - por iniciativa de qualquer Estado-membro, nos domínios a que se referem os pontos 7 a 9 do artigo K.1: a) Adotar posições comuns e promover, sob a forma e de acordo com os procedimentos adequados, qualquer cooperação útil à prossecução dos objectivos da União; b) Adotar acções comuns, na medida em que os objectivos da União possam ser melhor realizados por meio de uma acção comum que pelos Estados-membros actuando isoladamente, atendendo à dimensão ou aos efeitos da acção prevista; o Conselho pode decidir que as medidas de execução de uma acção comum sejam adoptadas por maioria qualificada; c) Sem prejuízo do disposto no artigo 220º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, elaborar convenções e recomendar a sua adopção pelos Estados-membros, nos termos das respectivas normas constitucionais. Salvo se essas convenções previrem disposições em contrário, as eventuais medidas de aplicação dessas convenções serão adoptadas no Conselho, por maioria de dois terços das Altas Partes Contratantes. Essas convenções podem prever a competência do Tribunal de Justiça para interpretar as respectivas disposições e decidir sobre todos os diferendos relativos à sua aplicação, de acordo com as modalidades que essas convenções possam especificar”.

³⁰ Como exemplo de alguns dos instrumentos que reproduzem esta fórmula, destacamos: a) Acção Comum 97/154/JAI, de 24 de fevereiro de 1997, adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à acção contra o tráfico de seres humanos e a exploração sexual de crianças (alíneas b e d da letra A do Título II); b) Convenção estabelecida com base no nº 2, alínea c), do artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-membros da União Europeia (artigo 5.º, nº 1); c) Acção Comum 98/733/JAI, de 21 de dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-membros da União Europeia (artigos 2.º e 3.º); e d) Acção Comum 98/742/JAI, de 22 de dezembro de 1998 adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à corrupção no sector privado (artigo 4.º).

passaram a integrar o vocabulário do legislador da União Europeia como se fossem uma espécie de “fórmula estereotipada”³¹, como observado por Mireille Delmas-Marty.

Quando essa fórmula aparece(ia) em um instrumento europeu, a doutrina entende que ela pode ser interpretada como a solução encontrada pela União Europeia para nivelar as legislações penais dos seus Estados-Membros, sobretudo na dosimetria da pena³², respeitando as diferentes teorias da pena adotadas por cada país³³. Inês Horta Pinto aponta que a expressão “sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas” deve ser compreendida como uma imposição para a adoção de um regime sancionatório apto a prevenir a prática da conduta prevista no instrumento, de modo que respeite os limites da gravidade do fato, sem exceder a medida da culpa nem a necessidade de punição³⁴. Para Helmut Satzger, a eficácia e a dissuasão expressam o dever de a sanção ser direcionada e capaz de promover os objetivos protegidos pelos tratados ou interesses europeus, devendo possuir tanto um efeito dissuasivo geral quanto específico; enquanto a proporcionalidade estaria relacionada aos objetivos almejados e à gravidade da violação³⁵. Já a expressão “penas privativas da liberdade que possam dar origem a extradição” pode ser traduzida como uma orientação para a cominação de penas que tenham como limite máximo ao menos um ano³⁶.

Embora não fosse uma finalidade declarada no Tratado da União Europeia, essa fórmula demonstra a preocupação do legislador da União, desde então, em promover a aproximação de disposições legislativas em matéria penal de cada Estado-Membro para cumprir os objetivos

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité. In: DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth (dirs.). *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*. Paris: Societé de Législation Comparée, 2003, p. 585.

³² PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 212-217.

³³ DELMAS-MARTY, Mireille. Op. cit., p. 585.

³⁴ PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 214-216.

³⁵ SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*. München: Nomos, 2012, p. 70.

³⁶ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 217.

elencados no artigo K.1 e nas demais disposições presentes ao longo do Título VI do Tratado da União Europeia. Em razão da inexistência de mecanismos que possibilitassem a imposição do cumprimento das ações comuns e de as convenções oriundas do Tratado de Maastricht só entrarem em vigor quando fossem ratificadas por todos os Estados-Membros, a harmonização durante a vigência daquela versão do Tratado foi diminuta e pouco eficaz.

Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdam em 1.º de maio de 1999, o Tratado da União Europeia foi modificado e a harmonização de leis penais na União Europeia começou a ganhar forma, especialmente em decorrência da reformulação promovida no Título VI do TUE. Entre outras modificações, o texto do antigo artigo K.1 foi reformulado para incluir — como medida para “facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça” — a “*aproximação*, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados-Membros”³⁷ para prevenir e combater a criminalidade especialmente grave³⁸. Esta *aproximação* passou a integrar os objetivos da “*acção comum no*

³⁷ Destaque nosso.

³⁸ Como “criminalidade especialmente grave”, no âmbito das modificações promovidas pelo Tratado de Amsterdam, compreendemos aquelas previstas no artigo 29.º (“criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude”), em especial aquelas elencadas na alínea *e* do artigo 31.º (criminalidade organizada, terrorismo e tráfico ilícito de droga), por esta alínea delimitar os termos da harmonização de leis penais na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam.

Destaca-se, contudo, que este entendimento por nós partilhado não é pacífico na doutrina, nem mesmo no âmbito legislativo da União Europeia pré-Tratado de Lisboa. Alguns autores reconhecem uma restrição do âmbito de aplicação da harmonização no Tratado de Amsterdam, limitada ao catálogo previsto na alínea *e* do artigo 31.º; enquanto para outros autores o seu âmbito é alargado aos crimes previstos no artigo 29.º, entendimento este partilhado por legisladores da União Europeia em determinados casos (ao promoverem a aproximação de disposições legislativas em matérias fora do catálogo da alínea *e* do artigo 31.º, como ocorreu com a edição da Decisão-Quadro 2000/383/JAI, de 29 de maio de 200, sobre o reforço da proteção contra a contrafação de moeda na perspectiva da introdução do euro; e na Decisão-Quadro 2004/68/JAI, de 22 de dezembro de 2003, relativa à exploração sexual de crianças e a pornografia infantil). Para uma discussão mais aprofundada sobre o tema, cf. PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 231-239.

domínio da cooperação judiciária em matéria penal”³⁹, delineada na alínea e do artigo 31.º do TUE: “Adoptar gradualmente medidas que prevejam *regras mínimas* quanto aos *elementos constitutivos das infrações penais* e às *sanções aplicáveis* nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga”⁴⁰.

Na versão conferida pelo Tratado de Amsterdam, a harmonização engloba tanto a disposição dos *elementos constitutivos* das infrações penais como também as *sanções aplicáveis*. A doutrina entende que estas “regras mínimas” seriam uma espécie de “denominador comum” que os Estados deveriam observar ao transpor as deliberações da União Europeia ao seu direito interno, possibilitando uma certa margem de liberdade para que mantenham as características de seus sistemas penais⁴¹.

Com a reformulação do Título VI do Tratado da União Europeia, o *status* da harmonização como instrumento de cooperação judiciária em matéria penal foi formalizado. Apesar de a previsão de “regras mínimas” ter provocado discordâncias doutrinárias⁴² acerca do verdadeiro âmbito

³⁹ *Caput* do artigo 31.º, antigo artigo K.3, do Tratado da União Europeia (versão conferida pelo Tratado de Amsterdam).

⁴⁰ Destaques nossos.

⁴¹ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 230.

⁴² Anabela Miranda Rodrigues acredita que, ao menos durante a vigência do Tratado de Amsterdam, a harmonização somente seria “legítima no domínio das sanções aplicáveis; e que, numa leitura que se vem defendendo e que também partilhamos, está limitada à criminalidade expressamente referida na al. e), do art. 31.º, TUE, e, assim, aos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga” (RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal... cit.*, pp. 302-303). Como contraponto, estão os entendimentos de Inês Horta Pinto (PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 227-229) e Pedro Caeiro (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: o caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 126 e ss.). Este último autor defende que “[p]ara efeitos da remissão operada no terceiro travessão do art. 29.º, é lícito interpretar a expressão ‘adoptar gradualmente *medidas*’, constante do art. 31.º, n.º 1, al. e), como dizendo respeito, apenas, à adopção de decisões-quadro. Assim, cremos que a remissão feita para esta norma significa o seguinte: se a aproximação incidir sobre o âmbito aí referido (os elementos dos crimes ou as sanções aplicáveis), através das ‘*medidas*’ aí previstas (sc., as decisões-quadro), só pode ser levada a cabo nos termos designados (sc., estabelecendo parâmetros mínimos) e em relação às *matérias* indicadas (a criminalidade organizada, o terrorismo e o tráfico de estupeficientes). Desta forma, a União continua a ter uma competência *genérica* para

da harmonização no Tratado de Amsterdam⁴³, é seguro afirmar que foi durante a sua vigência que a harmonização se fortaleceu no cenário europeu, despontando como uma das principais formas da União Europeia legislar em matéria penal⁴⁴.

Para atingir a finalidade de harmonização de legislações penais, o Tratado de Amsterdam criou a figura jurídica das “decisões-quadro”, instrumento dedicado especificamente à aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membros da União Europeia em matéria

harmonizar os elementos das infracções e as sanções aplicáveis em qualquer domínio compatível com o disposto no corpo do art. 29.^o” (CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites...* cit., p. 126).

Outra controvérsia diz respeito à possibilidade de que a previsão de regras *mínimas* poderia abrir espaço para um direito penal securitário no âmbito europeu (RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal...*, pp. 306-307 e ss.).

Pedro Caeiro sugere uma forma de solucionar algumas destas controvérsias levantadas pela previsão de regras mínimas, possibilitando uma aplicação coerente do conceito: “In the first place, the EU should establish, by means of a directive, a three or four-position *general* penal scale (light, medium, serious and most serious penalties), imposing on MS [Member State] the obligation to pass legislation in order to fill in those categories with values drawn from their own systems. Once this equivalence is implemented in the MS, the EU will be able to impose on MS the obligation to ascribe, *e. g.* (at least) ‘serious penalties’ for a given offence, and this assessment will prevail over any possible national evaluation tending to provide for more lenient penalties. Finally, the European concept of ‘serious penalties’ will be transposed, in each MS, according to the previously defined national parameters” (CAEIRO, Pedro. *Content and impact of approximation: The case of terrorist offences*. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne (eds.). *Approximation of substantive criminal law in the EU: the way forward*. Bruxelles: Institut d’Études Européennes, 2013, p. 166 e ss.).

⁴³ “In short, setting minimum quantitative thresholds can lead to fake harmonization because the relevance given to the same offence will vary from MS to MS, according to each one’s penal scale” (CAEIRO, Pedro. *Content and impact...* cit., p. 166).

⁴⁴ Como verificado por Pedro Caeiro em CAEIRO, Pedro. *Introdução* (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos). In: CAEIRO, Pedro (org.). *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal*: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, pp. 7-8.

penal. Previstas no artigo 34.º, n.º 2, alínea b⁴⁵, as decisões-quadro, aprovadas por unanimidade, definiam um resultado comum a ser alcançado pelos Estados-Membros, vinculando-os àquele objetivo. As decisões-quadro não possuíam, contudo, efeito imediato, dependiam de transposição para o direito interno — nos moldes estabelecidos por cada Estado-Membro — para produzirem seus efeitos. Como exemplo de decisões-quadro que buscaram harmonizar as disposições legislativas em matéria penal dos Estados-Membros, destacamos a Decisão-Quadro 2001/413/JAI, de 28 de maio de 2001, relativa ao combate à fraude e à contrafação de meios de pagamento que não em numerário⁴⁶; a Decisão-Quadro 2001/500/JAI, de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produto do crime⁴⁷; e a Decisão-Quadro 2008/913/JAI, de 28 de novembro

⁴⁵ “O Conselho tomará medidas e promoverá a cooperação, sob a forma e segundo os processos adequados instituídos pelo presente Título, no sentido de contribuir para a realização dos objectivos da União. Para o efeito, o Conselho pode, deliberando por unanimidade, por iniciativa de qualquer Estado-Membro ou da Comissão: (...) b) Adoptar decisões-quadro para efeitos de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. As decisões-quadro vinculam os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. As decisões-quadro não produzem efeito directo”.

⁴⁶ A qual promove a harmonização ao repetir a “fórmula” estereotipada utilizada durante a vigência do Tratado de Maastricht em seu artigo 6.º: “Cada Estado-Membro toma as medidas necessárias para assegurar que os actos referidos nos artigos 2.º a 5.º sejam punidos com sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas, incluindo, pelo menos nos casos graves, penas privativas da liberdade que possam dar lugar a extradição”.

⁴⁷ Decisão-Quadro que prevê, em seu artigo 2.º, que “Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias, de acordo com o seu sistema repressivo, para garantir que as infracções referidas (...) sejam passíveis de penas privativas da liberdade de uma duração máxima igual ou superior a quatro anos”.

de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia^{48, 49}.

1.3. O CONTEXTO ATUAL DA HARMONIZAÇÃO EM MATÉRIA PENAL NA UNIÃO EUROPEIA

Em 1.º de dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (reconhecido em um primeiro momento como “Tratado Reformador”, por ter modificado os diplomas antecessores⁵⁰), os objetivos da União Europeia elencados nos tratados anteriores foram reforçados e alguns instrumentos e finalidades que vinham sendo neles estruturados foram ampliados e consolidados. No que tange à temática aqui trabalhada, o Tratado de Lisboa reforçou as finalidades da União Europeia como um “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” como um “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” ao estabelecer, no artigo 67.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que “A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros”, ressaltando a observância à tradição jurídica de cada país. O n.º 3 do mesmo artigo prevê a adoção de uma série de medidas para “garantir um elevado nível de segurança”, como a coordenação e cooperação entre autoridades policiais e judiciárias, e também através de instrumentos como o “reconhecimento mútuo das

⁴⁸ Em seu artigo 1.º, a referida decisão-quadro estipula que “Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os seguintes actos sejam puníveis com infracções penais quando cometidos com dolo (...)”. Em seu artigo 3.º, n.º 1, a decisão-quadro determina que “Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que os actos referidos nos artigos 1.º e 2.º sejam puníveis com sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas”, e no n.º 2 daquele mesmo artigo determina que “os actos referidos no artigo 1.º sejam puníveis com pena de duração máxima de, pelo menos, um a três anos de prisão”.

⁴⁹ Para mais exemplos, cf. PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 239-251.

⁵⁰ Nomeadamente o Tratado da União Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia (este último foi renomeado para “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia” após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa).

decisões judiciais em matéria penal e, *se necessário, através da aproximação das legislações penais*⁵¹.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, os termos da harmonização foram delineados nos artigos 82.^{o52} e 83.^{o53} do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁵¹ Destaques nossos.

⁵² “1. 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 a que se referem o n.º 2 e o artigo 83.º. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam medidas destinadas a: a) Definir regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União de todas as formas de sentenças e decisões judiciais; b) Prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros; c) Apoiar a formação de magistrados e de funcionários e agentes de justiça; d) Facilitar a cooperação entre as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, no âmbito da investigação e do exercício da ação penal, bem como da execução de decisões. 2. Na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Essas regras mínimas incidem sobre: a) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros; b) Os direitos individuais em processo penal; c) Os direitos das vítimas da criminalidade; d) Outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão. Para adotar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu. A adoção das regras mínimas referidas no presente número não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de proteção das pessoas” (destaques nossos).

⁵³ “1. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das 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 as combater, assente em bases comuns. São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: *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*. Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adotar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número. O Conselho delibera por unanimidade,

Destarte, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a harmonização de leis penais manteve a sua importância como instrumento de cooperação judiciária em matéria penal, porém, como veremos, perdeu parcela de sua autonomia.

A figura jurídica da decisão-quadro foi extinta pelo Tratado de Lisboa. Para exercerem as suas competências, o artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁵⁴ atribuiu às instituições da União Europeia novos atos jurídicos: regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. Com a exclusão da figura das decisões-quadro, o artigo 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia adotou a diretiva como instrumento apto para promover a aproximação

após aprovação do Parlamento Europeu. 2. *Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa.* Essas diretivas são adotadas de acordo com um processo legislativo ordinário ou especial idêntico ao utilizado para a adoção das medidas de harmonização em causa, sem prejuízo do artigo 76.o. 3. Quando um membro do Conselho considere que um projeto de diretiva a que se refere o n.o 1 ou n.o 2 prejudica aspetos fundamentais do seu sistema de justiça penal, pode solicitar que esse projeto seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo legislativo ordinário. Após debate, e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projeto ao Conselho, o qual porá fim à suspensão do processo legislativo ordinário. No mesmo prazo, em caso de desacordo, e se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projeto de diretiva em questão, esses Estados-Membros notificam o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em conformidade. Nesse caso, considera-se que foi concedida a autorização para proceder à cooperação reforçada referida no n.o 2 do artigo 20.o do Tratado da União Europeia e no n.o 1 do artigo 329.o do presente Tratado, e aplicam-se as disposições relativas à cooperação reforçada” (destaques nossos).

⁵⁴ Artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos”.

de leis penais “em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça”⁵⁵.

A diretiva, consoante o artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é o ato que “vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”. Semelhante à decisão-quadro, a diretiva não possui efeito imediato e depende de transposição ao direito interno para surtir efeitos. Diferentemente das decisões-quadro, as diretivas são aprovadas por maioria qualificada⁵⁶, podem ser propostas por “iniciativa de um quarto dos Estados-Membros” (alínea b do artigo 76.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) e não mais estão restritas à matéria penal. Um sistema de “freio de emergência”⁵⁷ foi criado para evitar possíveis abusos: a tramitação de uma proposta de diretiva que tenha como objetivo promover a harmonização de leis penais pode ser suspensa sempre que um Estado-Membro verificar que ela “prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal”⁵⁸.

⁵⁵ Consoante o artigo 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, “(...) São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: 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”.

Para acompanhar a evolução da criminalidade, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia previu, no mesmo artigo, o alargamento deste catálogo: “(...) Consoante a evolução da criminalidade, o Conselho pode adotar uma decisão que identifique outros domínios de criminalidade que preencham os critérios referidos no presente número”.

⁵⁶ Consoante interpretação da versão atual do artigo 16.º do Tratado da União Europeia e dos artigos 288.º, 289.º e 294.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁵⁷ SATZGER, Helmut. Op. cit., pp. 80-82; VERVAELE, John. A União Europeia e a harmonização da aplicação das políticas penais. Um *cessio bonorum* ao terceiro pilar?. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-83, jul./dez. 2009, p. 83.

⁵⁸ Artigos 82.º, n.º 3 e 83.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Consoante o n.º 3 do artigo 82.º, o prejuízo aos “aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal” devem decorrer de proposta que verse sobre as matérias previstas nas alíneas do n.º 2 do artigo 82.º: “a) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros; b) Os direitos individuais em processo penal; c) Os direitos das vítimas da criminalidade; d) Outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo

Embora o Tratado de Lisboa tenha ampliado o âmbito de aplicação da harmonização — por não estar mais restrita à material criminal, permitida também em matéria processual penal; por ser promovida por diretivas⁵⁹ (as quais são aprovadas por maioria qualificada); por ter sido ampliado o catálogo dos crimes aos quais é aplicável e por permitir a sua aplicação na prevenção e combate de novos crimes fora daquele catálogo sempre que a evolução da realidade criminal assim o exigir⁶⁰ —, este instrumento perdeu a autonomia que vinha percebendo desde o Tratado de Amsterdam.

No cenário jurídico da União Europeia pós-Tratado de Lisboa, a harmonização parece ter assumido um papel secundário, de auxílio ou reforço dos demais instrumentos de cooperação em matéria penal (reconhecimento mútuo de decisões judiciais e cooperação policial e judiciária). Essa interpretação pode ser inferida a partir da forma como o próprio texto do Tratado de Lisboa estabelece os termos da harmonização (“*se necessário*, através da aproximação das legislações penais”⁶¹; e “[n]a medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça”⁶²), bem como da previsão de um sistema de freio

Conselho através de uma decisão. Para adotar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu”. No que toca ao sistema de freio de emergência previsto no artigo 83.º, n.º 3, as matérias são aquelas elencadas nos n.ºs 1 e 2 daquele artigo: o estabelecimento de “regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça”.

⁵⁹ “Há, contudo, que reconhecer que, com frequência, as *decisões-quadro* (depois do Tratado de Lisboa, as *directivas*) não se limitam a definir *bases* ou *princípios*. Vão mais longe, procurando harmonizar a ‘substância’ das normas, nomeadamente no que se refere aos elementos constitutivos das infrações. (...) Como tem sido observado, a harmonização não contribui apenas para instaurar ou reforçar a confiança, mas também para a manifestar. Em certo sentido, a confiança mútua é o princípio que subjaz à evolução e o seu quadro legitimador” (RODRIGUES, J. N. Cunha. Direito penal e integração europeia. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 693).

⁶⁰ Ver artigos 82.º e 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁶¹ Artigo 67.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, destaques nossos.

⁶² Artigo 82.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, destaques nossos

de emergência. Essa subsidiariedade não implica ser a harmonização um instrumento ineficaz ou meramente acessório, pois, além de reter parcela de sua autonomia nos casos em que for promovida sob o abrigo do artigo 82.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é também uma via de consolidação dos objetivos originários da União, conforme veremos.

2. HARMONIZAR OU NÃO? FINALIDADES E DIFICULDADES DA HARMONIZAÇÃO DE LEIS PENAIS NA UNIÃO EUROPEIA

A harmonização busca promover a concordância de diferentes elementos, dirimindo possíveis conflitos e criando uma afinidade entre eles. No contexto jurídico da União Europeia, esses diferentes elementos se traduzem na história, cultura, tradições e ideologias que caracterizam o sistema jurídico de cada Estado-Membro. Tratam-se de características que pautam o modo como os Estados tutelam bens jurídicos, a proteção à vítima, as garantias processuais penais, a(s) teoria(s) da pena adotada(s), os critérios de dosimetria da pena, entre outros aspectos de sua legislação penal material e processual. Em matéria penal, a harmonização de leis na União Europeia tem como objetivo, portanto, buscar um consenso entre os sistemas punitivos dos Estados-Membros, seja na área das incriminações, sanções ou em questões processuais. Além deste estreitamento de diferentes sistemas jurídicos, a harmonização em matéria penal pode também cumprir fins secundários como o fortalecimento dos objetivos que estruturam a União Europeia.

2.1. FINALIDADES

Face a impossibilidade de abordagem, neste estudo, de todas as finalidades que podem ser identificadas na harmonização de disposições legislativas em matéria penal na União Europeia, destacamos aqueles objetivos que julgamos mais relevantes.⁶³

⁶³ Sobre o tema, cf. AMBOS, Kai. *European Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 317 e ss.; BERNARDI, Alessandro. Opportunité de l'Harmonisation. In: DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth (dirs.). *L'harmonisation*

2.1.1. EFICÁCIA NA PREVENÇÃO E NO COMBATE À CRIMINALIDADE

A vantagem principal da harmonização é a possibilidade de conferir mais eficácia na prevenção e no combate à criminalidade, especialmente a criminalidade grave e transfronteiriça⁶⁴. Esses dois tipos de criminalidade apresentam um especial risco no âmbito da União Europeia devido à sua política de abertura de fronteiras, o que dificulta a sua prevenção e persecução penal não somente por razões geotemporais⁶⁵ mas também em virtude da multiplicidade de ordenamentos e sistemas jurídicos presentes na União.

A diferença entre as disposições legislativas penais dos Estados-Membros da União Europeia — algumas mais brandas, outras mais severas — pode influenciar a escolha do local a serem praticadas determinadas etapas do *iter criminis* (o chamado *forum shopping*)⁶⁶. Determinados crimes, sobretudo os transfronteiriços, podem ser praticados em qualquer local, com a possibilidade de suas consequências se alastrarem por todo o território da União Europeia. Não se descarta a possibilidade de escolha, por parte de criminosos, de Estados-Membros que apresentem menos riscos de punição para a prática de seus crimes. "Embora seja esta finalidade de tolhimento do *forum shopping* controversa⁶⁷, mesmo que os criminosos

des sanctions pénales en Europe. Paris: Societé de Législation Comparée, 2003, p. 463; PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 94 e ss.

⁶⁴ Nomeadamente aquelas tipologias destacadas no artigo 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁶⁵ Cf. MOURA, Bruno. O Tratado de Lisboa e a legitimidade do direito penal e processual penal europeu emergente. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 8, p. 28-44, 2011, p. 32; e WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations: condition de l'espace penal européen et révélateur de ses tensions*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 108 e ss.

⁶⁶ "Il suffira de rappeler ici que le maintien de choix punitifs parfois manifestement différents d'un État à l'autre entraîne toutes une série de conséquences négatives et en particulier: a) il implique le création de véritables « paradis criminels », favorisant – tout du moins par rapport aux infractions intentionnellement réalisées au fin de profit – leur concentration dans les Pays qui prévoient des réponses punitives inadéquates par défaut" (BERNARDI, Alessandro. Op. cit., p. 461). Cf. também PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 97-98.

⁶⁷ Não são escassos os argumentos contra a finalidade de prevenção do *forum shopping*. Em linhas gerais, os principais argumentos contra esta finalidade são: 1) a inexistência de provas ou de um estudo definitivo que analise, em

ignorem esta diversidade legislativa ou dela não se aproveitem eles ainda acabam sendo beneficiados por esta pluralidade e heterogeneidade normativa, uma vez que a inexistência de harmonização da legislação material e processual amplia a dificuldade de prevenir a criminalidade transfronteiriça e restringe, ou ao menos retarda, o funcionamento do sistema de justiça criminal, em virtude da complexidade da cooperação judiciária e policial em matéria criminal entre os Estados-Membros da União Europeia.⁶⁸

Certamente, a harmonização dos sistemas penais, por si só, não seria suficiente para conferir mais eficácia ao combate desse tipo de criminalidade, outros fatores como os meios de prova à disposição das autoridades responsáveis pela investigação criminal, a racionalidade de planos estratégicos político-criminais, a eficácia da atuação dos agentes de polícia, e a própria estrutura e *modus operandi* do sistema de justiça criminal dos Estados-Membros também exercem suas influências na prevenção e persecução do problema criminal, porém nem por isso a harmonização deixa de ser útil para atingir os fins anteriormente mencionados.⁶⁹

uma perspectiva transfronteiriça, os aspectos racionais que influenciariam o *forum shopping*; 2) a demonstração, mediante estudos criminológicos, que em geral a população não tem conhecimento suficiente sobre a legislação penal de seu país (menos ainda de países vizinhos); 3) a inexistência de comprovação empírica de que a severidade da sanção (seja no seu limite mínimo ou máximo) influencie ou previna a prática delitiva (na verdade, estudos criminológicos e sociológicos demonstram que é a certeza da punição que provoca os mais significativos efeitos preventivos) (cf. BONDY, Wendy De; MIETTINEN, Samuli. Minimum Criminal Penalties in the European Union: in Search of a Credible Justification. *European Law Journal*, Oxford, v. 21, n. 6, p. 722-737, 2015, pp. 727-733; ÖBERG, Jacob. Legal Diversity, Subsidiarity and Harmonization of EU Regulatory Criminal Law. In: COLSON, Renaud; FIELD, Stewart (eds.). *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 119).

⁶⁸ WEYEMBERGH, Anne. The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Antwerp, v. 2, n. 2, p. 149-172, 2005, p. 164; CALDERONI, Francesco. Op. cit., p. 7.

⁶⁹ Cf. PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 100-104.

2.1.2. REFORÇO DOS DEMAIS INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO EM MATÉRIA PENAL E FACILITAÇÃO DO FUNCIONAMENTO DE AGÊNCIAS, SERVIÇOS E ATORES DA UNIÃO EUROPEIA

A aproximação entre os sistemas penais também tem força para gerar ou reforçar um sentimento de confiança entre os Estados-Membros da União Europeia, uma vez que estes tendem a reconhecer com mais facilidade a legitimidade de decisões penais oriundas de um ordenamento jurídico semelhante ao seu, semelhança também considerada para fins de cooperação judiciária e policial. Nesta questão, salienta-se que determinadas formas de cooperação judiciária internacional possuem como requisitos para serem aplicados o *quantum* de pena cominado a determinados delitos.⁷⁰

A harmonização das disposições legislativas em matéria penal material e processual também possui a capacidade de facilitar o funcionamento de diferentes agências, serviços e atores da União Europeia — como a *Europol*, a *Eurojust*, a EJN (*European Judicial Network in criminal matters*), autoridades judiciais etc. —, uma vez que o bom funcionamento destas depende do conhecimento de suas competências e limites, bem como da legislação interna de cada Estado-Membro, principalmente quando se trata de um serviço, agência ou ator que opera em domínios específicos de criminalidade.⁷¹

2.1.3. CONCRETIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E POLÍTICAS DA UNIÃO EUROPEIA

A harmonização de leis penais também pode se mostrar útil como instrumento para a concretização de princípios, objetivos e políticas da

⁷⁰ WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des législations...* cit., p. 144 *et passim*; WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 157; RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes da. Op. cit., p. 77; LONG, Nadja. *Harmonization of criminal law in the EU: A special focus on the US judicial system*. Brussels: European Parliament, 2010, pp. 7-8. Alessandro Bernardi destaca que “l’augmentation de la confiance reciproque causé par la prise de conscience du niveau élevé d’homogénéité pour ce qui concerne les choix respectifs en matière des sanctions, represente une condition importante pour induire les États à accepter l’application du principe *ne bis in idem*” (BERNARDI, Alessandro. Op. cit., p. 458).

⁷¹ LONG, Nadja. Op. cit., pp. 7-8; CALDERONI, Francesco. Op. cit., p. 8; WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 162.

União Europeia⁷². No contexto europeu de livre circulação, a disparidade de disposições legais referentes a incriminações e sanções aplicáveis pode provocar intranquilidade nos cidadãos europeus e impedi-los de desenvolver suas atividades com segurança ou conforto. A previsibilidade das consequências jurídicas dos comportamentos dos cidadãos mostra-se um elemento importante no exercício da livre circulação. A proximidade da legislação penal também é capaz de promover a igualdade e impedir a discriminação dos cidadãos europeus, respeitando os preceitos previstos no artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Todas as pessoas são iguais perante a lei”) e no artigo 21.º, n.º 2 do mesmo diploma (“é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade”)⁷³.

A aproximação das legislações penais dos países membros da União Europeia é ainda capaz de provocar efeitos secundários em áreas alheias ao direito penal, mas que com este ramo do Direito mantenham alguma espécie de relação. Um exemplo utilizado pela doutrina para demonstrar essa finalidade secundária ou reflexa é a influência que a previsão de sanções penais a certas práticas comerciais e procedimentos empresariais — como a segurança dos trabalhadores, impacto ambiental e o modo de fabricação de certos produtos — exerce em determinadas áreas do mercado, desequilibrando as condições de livre concorrência entre os Estados-Membros no âmbito europeu^{74, 75}.

2.1.4. REFORÇO DA IDENTIDADE EUROPEIA E A PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE NACIONAL

A harmonização também tem força para cumprir finalidades simbólicas como o reforço de uma identidade europeia e, ao mesmo tempo,

⁷² Conforme o preâmbulo do Tratado de Maastricht, que estabelece, entre outros objetivos, os de “facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos, através da inclusão, no presente Tratado, de disposições relativas à justiça e aos assuntos internos”. Estes objetivos foram reforçados e ampliados pelo Tratado de Amsterdam e pelo Tratado de Lisboa.

⁷³ Destaca-se que o Tratado da União Europeia (na versão conferida pelo Tratado de Lisboa), em seu artigo 6.º, n.º 1, reconhece “os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, estabelecendo à Carta “o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

⁷⁴ Cf. BERNARDI, Alessandro. Op. cit., p. 461.

⁷⁵ Quanto ao tema, ver também PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 104-110; WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., pp. 164-165.

o fortalecimento da identidade nacional de cada Estado-Membro. Essas finalidades seriam capazes de sedimentar valores europeus e nacionais, proporcionando mais integração entre os cidadãos europeus, ao mesmo tempo em que preservariam e fortaleceriam os valores de cada país.

Sobre o fortalecimento de uma identidade europeia, Alessandro Bernardi defende que uma aproximação das respostas punitivas dos Estados-Membros da União Europeia poderia expressar um ideal de justiça e equidade ao, por exemplo, eliminar diferenças em sistemas sancionatórios que negam princípios comunitários de igualdade e não-discriminação⁷⁶. O autor alerta que devido à “relação sinalagmática existente entre a gravidade de uma infração e a intensidade da pena”, a aplicação desarmônica de sanções diferentes entre os Estados à mesma infração poderia dificultar o sentimento de “herança cultural comum”⁷⁷. A harmonização demonstraria aos cidadãos europeus, portanto, que os diferentes países da União Europeia possuem valores comuns e punem da mesma forma aquelas condutas indesejadas no contexto europeu⁷⁸.

Quanto à preservação e/ou fortalecimento da identidade nacional, estas finalidades decorrem de uma característica central inerente à harmonização: a diferença entre os elementos em harmonia. A diversidade entre os Estados-Membros da União Europeia — suas histórias, tradições, seus idiomas, costumes e inclusive a diversidade jurídico-penal — é considerada uma riqueza cultural da Europa. Uma harmonização de legislações penais, ao aproximar ordenamentos jurídicos de diferentes Estados respeitando as suas diferenças, possibilitaria a continuação de determinadas tradições e práticas jurídicas sem abrir mão de uma margem de apreciação dos diferentes países para experimentarem novos mecanismos de prevenção e combate à criminalidade de acordo com a sua própria realidade jurídico-social. Estas finalidades acabam inclusive por contribuir para a aceitação dos próprios Estados à aproximação no lugar da uniformização.⁷⁹

⁷⁶ BERNARDI, Alessandro. Op. cit., p. 460.

⁷⁷ BERNARDI, Alessandro. Op. cit., pp. 460-461.

⁷⁸ WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 168; PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 110; CALDERONI, Francesco. Op. cit., p. 8.

⁷⁹ PINTO, Inês Horta. Op. cit., p. 113.

2.1.5. FORTALECIMENTO DA “FUNÇÃO ESCUDO” DO DIREITO PENAL: OBSERVÂNCIA E REFORÇO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Além de promover a proteção de bens jurídicos, o direito penal também exerce a função de proteção contra ele próprio. Ao prever a restrição de uma ampla gama de direitos fundamentais mediante a aplicação da pena e de seus demais instrumentos repressivos, o direito penal surge como uma lei que reclama proteção dela mesma⁸⁰. Esta proteção é realizada através das garantias processuais penais, formuladas para impedir o uso abusivo do *ius puniendi*. Nesse sentido, é também dever do direito penal salvaguardar os direitos e garantias de todo o indivíduo que violar bens jurídicos tutelados pelo direito penal, através de um devido processo legal que assegure os seus direitos fundamentais e garantias processuais penais (e constitucionais). Enfim, é preciso que o direito penal também limite o poder de punir do Estado em nome da salvaguarda dos direitos e liberdades do indivíduo, é preciso que o direito penal também exerça a sua “função escudo”⁸¹ e impeça o uso arbitrário do *ius puniendi*.

Neste âmbito, a harmonização das disposições legislativas em matéria processual penal dos Estados-Membros revela uma função de especial relevância. Para assegurar um “espaço de liberdade, segurança e justiça”, é essencial que os cidadãos tenham a expectativa de que as suas garantias processuais penais e seus direitos fundamentais serão respeitados em todo o território da União Europeia. Além de permitir a segurança do indivíduo, esta finalidade também tem como objetivo conferir “aos cidadãos um senso comum de justiça em toda a União”⁸², garantindo que nenhum indivíduo será tratado de maneira desigual ou injusta de acordo com a jurisdição à qual estiver submetido. A heterogeneidade de

⁸⁰ TULKENS, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, Buffalo, v. 9, n. 3, p. 557-595, 2011, p. 578; RIBOLI, Eduardo Bolsoni. *A Ouroboros discursiva do Medo do Crime: o Medo do Crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal*, 2017. 141 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 94 e ss.

⁸¹ WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 166.

⁸² WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 166.

disposições legislativas em matéria processual penal diminui a expectativa do indivíduo em não ver suas garantias processuais violadas, reduzindo assim a certeza e a segurança jurídicas.⁸³

2.2. DIFICULDADES E ENTRAVES

As dificuldades e entraves à harmonização de leis penais na União Europeia estão relacionadas sobretudo a questões de soberania e de preservação da identidade do sistema jurídico de cada Estado-Membro.⁸⁴

A aproximação de leis penais pode ser interpretada como uma extenuação da pluralidade e diversidade dos sistemas penais europeus e das identidades culturais nacionais dos Estados-Membros da União Europeia⁸⁵. Cada país — de acordo com a sua história, tradição, cultura, espaço geográfico, ideologia política e as transformações que observou em cada um desses campos com o fenômeno da mundialização — possui uma realidade criminológica distinta que exige das autoridades e dos órgãos de seu sistema de justiça criminal uma abordagem diferente na prevenção e no combate ao crime.⁸⁶ Dessa maneira, a diversidade jurídico-legal acabaria por viabilizar a capacidade de uma resposta mais eficaz aos problemas internos. Ademais, a manutenção da diversidade impediria a danificação dos valores e ideais nacionais enraizados no ordenamento jurídico penal de cada Estado-Membro, com o potencial de inibir a má interpretação e a incorreta aplicação da legislação e dos princípios jurídicos internos, mantendo a coerência de seu sistema de

⁸³ WEYEMBERGH, Anne. *The Functions of...* cit., p. 167.

⁸⁴ RODRIGUES, J. N. Cunha. Op. cit., p. 677.

⁸⁵ Cabe lembrar que o artigo 67.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia destaca que “A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros” (destaques nossos).

⁸⁶ SCHOMBURG, Wolfgang. Are we on the Road to a European Law-Enforcement Area? International Cooperation in Criminal Matters. What Place for Justice?. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 8, n. 1, p. 51-60, 2000, p. 57.

justiça criminal.⁸⁷ A diversidade garante, também, a autodeterminação da população de cada Estado-Membro, seja em virtude do reconhecimento de seus valores e identidades nacionais; seja em decorrência do respeito ao processo democrático, uma vez que, como observa Jacob Öberg⁸⁸, a criminalização de um determinado comportamento e a definição de uma sanção a ser aplicada deve resultar de um processo legislativo com participação o mais direta possível dos cidadãos.

Nesse sentido, a homogeneização dos sistemas jurídico-penais pode ser interpretada como um modo ineficaz de combater a criminalidade interna (mas, por outro lado, também uma perda de oportunidade de inovações em matéria penal).

A harmonização de leis penais também encontra entraves no que tange à soberania nacional de cada Estado-Membro⁸⁹. Em virtude de o direito de punir constituir a essência da soberania nacional⁹⁰, a aproximação de disposições legislativas em matéria penal pode significar a renúncia (gradual) desta soberania.⁹¹

O estabelecimento de sanções mínimas, promovido pela harmonização, pode também ser interpretado como uma afronta ao princípio da individualização da pena, a dosimetria da pena passaria a ser realizada em observância a um mero pragmatismo e não mais aos elementos factuais e às disposições processuais penais do ordenamento jurídico interno.⁹²

⁸⁷ ÖBERG, Jacob. Legal Diversity, Subsidiarity and Harmonization of EU Regulatory Criminal Law. In: COLSON, Renaud; FIELD, Stewart (eds.). *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 109.

⁸⁸ ÖBERG, Jacob. Op. cit., pp. 108-109.

⁸⁹ RODRIGUES, J. N. Op. cit., p. 680; RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes da. Op. cit., p. 18.

⁹⁰ “[O] direito de punir é a marca mais visível da soberania nacional: o direito penal assume-se como expressão dos valores e da cultura jurídica de um povo e o direito processual penal, encontrando-se intimamente ligado ao direito constitucional, desempenha uma importante função de garantia dos direitos dos cidadãos” (FIDALGO, Sónia. Direito Penal Europeu: entre uma europa securitária e uma europa solidária. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXI, p. 931-966, 2005, p. 932).

⁹¹ PINTO, Inês Horta. Op. cit., pp. 114-123.

⁹² BONDT, Wendy De; MIETTINEN, Samuli. Op. cit., pp. 729, 733-734.

3. HARMONIZAÇÃO: UM INEVITÁVEL CAMINHO A TRILHAR

Por conta das transformações inerentes a uma sociedade cada vez mais interligada e mundializada, que transforma o contexto social e criminológico constantemente, o futuro da harmonização parece ser incerto. São estas novas mudanças que pautarão os objetivos a serem traçados em matéria penal.

Especialmente no que tange aos crimes transfronteiriços e aos crimes decorrentes da evolução tecnológica e social, encontramos na harmonização a melhor via para promover a prevenção e o combate à criminalidade. Primeiramente porque, tomando como exemplo a identificação da necessidade de neocriminalizações, os Estados-Membros já iniciariam as suas atividades de prevenção e de combate a condutas criminosas a partir de um mínimo aceitável de repressão, podendo a elas conferir maior grau de reprovabilidade de acordo com a sua realidade criminológica e as tradições e características de seus sistemas jurídico-penais.

Em segundo lugar, além de preservar a autonomia e assim respeitar a soberania de cada Estado-Membro ao definir um grau mínimo de reprovabilidade — ou regras procedimentais mínimas, quando se tratar de matéria processual — a aproximação das disposições legislativas em matéria penal garante mais segurança jurídica aos cidadãos europeus, por dirimir divergências legislativas.

Em terceiro lugar, o papel da harmonização é essencial para promover a aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membros da União Europeia relacionadas às garantias processuais penais, de modo a assegurar a “função escudo” do direito penal e assim salvaguardar o respeito ao devido processo legal e aos demais direitos fundamentais e garantias processuais que protegem o indivíduo do exercício arbitrário do poder de punir estatal.

Por último, além das finalidades expostas ao longo deste estudo, a harmonização mostra-se um instrumento valioso aos Estados-Membros em decorrência da possibilidade de diferentes modalidades de crimes transfronteiriços — tráfico, crimes informáticos, crimes ambientais, crimes contra o sistema financeiro — poderem afetar uma pluralidade de bens jurídicos comuns a vários Estados-Membros a partir de uma única prática delitiva. A adoção de uma estratégia comum garante mais

eficácia à prevenção e à persecução penal de tais tipologias de crime, pois ao partir de uma base mínima comum há o preestabelecimento de uma confiança mútua entre os Estados-Membros e a expectativa de que estes fenômenos serão punidos com rigor.

Se partirmos do pressuposto que os interesses comuns dos Estados-Membros da União Europeia devem ser protegidos, a harmonização de disposições legislativas em matéria penal parece ser inevitável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O bom funcionamento de um “espaço de liberdade, segurança e justiça” depende da compreensão dos Estados-Membros de que eles fazem parte de um sistema jurídico integrado, de um sistema que foi pautado no cumprimento de objetivos comuns e que também deve encontrar, conjuntamente, a melhor forma de responder aos novos desafios criminológicos. Atualmente, a dispersão geográfica e temporal da criminalidade organizada e da criminalidade grave exige dos Estados-Membros uma interpretação jurídico-penal cada vez mais holística, atenta tanto aos problemas criminais internos quanto aos externos.

A coerência sistemática proporcionada pela harmonização pode permitir aos Estados-Membros um combate mais eficaz às modalidades mais graves de criminalidade, seja através da cooperação com os demais Estados-Membros, seja através da facilitação da atividade de diferentes agentes, serviços e atores da União Europeia. Ao mesmo tempo, o papel da harmonização é essencial para garantir o exercício da “função escudo” do direito penal, assegurando aos indivíduos que se encontrem no território da União a tranquilidade de que seus direitos fundamentais e suas garantias processuais não serão desprotegidos.

Contudo, nenhum dos objetivos da harmonização aqui estudados pode ser alcançado se os Estados-Membros não estiverem dispostos a conhecer as diferentes realidades criminológicas de seus pares e a compreender as suas dificuldades e necessidades político-criminais; a permitir um certo grau de inovação em seu sistema de justiça criminal; e, principalmente, a cooperar entre si para alcançar os bens comuns estabelecidos nos diferentes tratados, convenções e diplomas celebrados no âmbito da União Europeia.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *European Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

BERNARDI, Alessandro. Opportunité de l'Harmonisation. In: DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth (dirs.). *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*. Paris: Société de Législation Comparée, 2003.

BOLTING, Rudolf. *Dicionário Grego-Português*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953.

BONDT, Wendy De; MIETTINEN, Samuli. Minimum Criminal Penalties in the European Union: in Search of a Credible Justification. *European Law Journal*, Oxford, v. 21, n. 6, p. 722-737, 2015. <https://doi.org/10.1111/eulj.12157>

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 Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* — Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 179-210.

CAEIRO, Pedro. Content and impact of approximation: The case of terrorist offences. In: GALLI, Francesca; WEYEMBERGH, Anne (eds.). *Approximation of substantive criminal law in the EU: the way forward*. Bruxelles: Institut d'Études Européennes, 2013, p. 153-167.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: o caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CAEIRO, Pedro. Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos). In: CAEIRO, Pedro (org.). *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, p. 7-12. <https://doi.org/10.14195/978-989-26-1413-7>

CALDERONI, Francesco. *Organized Crime Legislation in the European Union: Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*. Heidelberg: Springer, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité. In: DELMAS-MARTY, Mireille; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth (dirs.).

L'harmonisation des sanctions pénales en Europe. Paris: Societé de Législation Comparée, 2003, p. 583-590

DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, A. 20, n. 99, p. 35-51, 2012.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Harmonizar*. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/harmonizar>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FIDALGO, Sónia. Direito Penal Europeu: entre uma europa securitária e uma europa solidária. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXI, p. 931-966, 2005.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. *Dicionário do Português Atual Houaiss*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2011.

LAUREANO, Abel. Dois institutos da “cooperação judiciária em matéria penal” na União Europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 283-308, 2010.

LONG, Nadja. *Harmonization of criminal law in the EU: A special focus on the US judicial system*. Brussels: European Parliament, 2010.

MONAR, Jörg. Eurojust and the European Public Prosecutor Perspective: From Cooperation to Integration in EU Criminal Justice? *Perspectives on European Politics and Society*, Leiden, v. 14, n. 3, p. 339-356, 2013. <http://dx.doi.org/10.1080/15705854.2013.817807>

MOURA, Bruno. O Tratado de Lisboa e a legitimidade do direito penal e processual penal europeu emergente. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 8, p. 28-44, 2011.

ÖBERG, Jacob. Legal Diversity, Subsidiarity and Harmonization of EU Regulatory Criminal Law. In: COLSON, Renaud; FIELD, Stewart (eds.). *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity: Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 106-124.

PINTO, Inês Horta. *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em

massa e os *softwares* de espionagem. *Revista Galileu*, Lisboa, v. XIX, n. 2, p. 49-77, 2018. <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XIX.2.3>

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. *A Ouroboros discursiva do Medo do Crime: o Medo do Crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal*, 2017. 141 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *II Congresso de Processo Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina, 2006.

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

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora: 2002.

RODRIGUES, J. N. Cunha. Direito penal e integração europeia. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (coord.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 669-697.

SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*. München: Nomos, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCHOMBURG, Wolfgang. Are we on the Road to a European Law-Enforcement Area? International Cooperation in Criminal Matters. What Place for Justice?. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 8, n. 1, p. 51-60, 2000. <https://doi.org/10.1163/15718170020519030>

SICURELLA, Rosaria. Fostering a European criminal law culture: in trust we trust. *New Journal of European Criminal Law*, London, v. 9, n. 3, p. 308-325, 2018 <https://doi.org/10.1177%2F2032284418801561>

TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino-Português*. 2ª ed. Porto: F. Torrinha, 1942.

TULKENS, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, Buffalo, v. 9, n. 3, p. 557-595, 2011. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqr028>

VERVAELE, John. A União Europeia e a harmonização da aplicação das políticas penais. Um *cessio bonorum* ao terceiro pilar? *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 66-83, jul./dez. 2009.

WEYEMBERGH, Anne. The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Antwerp, v. 2, n. 2, p. 149-172, 2005. <https://doi.org/10.1177/1023263x0501200203>

WEYEMBERGH, Anne. *L'harmonisation des legislations: condition de l'espace penal européen et révélateur de ses tensions*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

WRIGHT, Benjamin G. *The Letter of Aristeas: 'Aristeas to Philocrates' or 'On the translation of the Law of the Jews'*. Berlin, Boston: De Gruyter, 2015.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor 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): o autor 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: 31/03/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/04/2019
- Avaliação 1: 26/04/2019
- Avaliação 2: 27/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 12/05/2019
- Retorno rodada de correções: 23/05/2019
- Decisão editorial final: 28/05/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 819-854, mai./ago. 2019.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.236>



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

A Tutela dos Direitos Fundamentais no Âmbito do Mandado de Detenção Europeu: Análise da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

The Protection of Fundamental Rights under the European arrest warrant: An examination of the case law of the Court of Justice of the European Union

Celso Costa Lima Verde Leal¹

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal
celsolimaverde@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4970898293416404>

 <https://orcid.org/0000-0002-8196-5810>

RESUMO: O presente trabalho analisa o mandado de detenção europeu e a forma como a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem garantido a proteção dos direitos fundamentais no processo de entrega, diante da inexistência de hipótese de recusa por violação de direito fundamental. Para isso, inicialmente será feita uma breve análise das regras do mandado de detenção europeu. Na sequência, será analisada a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema, com destaque para os casos Pál Aranyosi e Robert Căldăraru.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Mandado de Detenção; Cooperação Judiciária Internacional.

ABSTRACT: *The present work analyzes the European arrest warrant and the way in which the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union has guaranteed the protection of the fundamental rights in the surrender procedures, due to the absence of possibility of refusal for violation of fundamental right. To do this, a brief analysis of the rules of the European arrest warrant will initially*

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Amapá. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Procurador da República.

be carried out. The case law of the Court of Justice of the European Union on the subject will be examined, in particular the cases of Pál Aranyosi and Robert Căldăraru.

KEYWORDS: *Fundamental Rights; European Arrest Warrant; International Judicial Cooperation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O mandado de detenção europeu; 2. O Tribunal de Justiça da União Europeia e a tutela dos Direitos Fundamentais; 2.1. Os direitos fundamentais na União Europeia; 2.2. O Tribunal de Justiça da União Europeia e os direitos fundamentais; 2.3. O Tribunal de Justiça da União Europeia e interpretação do direito europeu; 3. A proteção dos Direitos Fundamentais no âmbito do MDE: análise da jurisprudência do TJUE; 3.1. Casos Pál Aranyosi e Robert Căldăraru; 3.2. Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia; 3.3. Análise da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia; 4. Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

As Comunidades Europeias e posteriormente a União Europeia (UE) impuseram significativos avanços na integração dos Estados-Membros (EMs), com implementação da livre circulação de mercadorias, serviços e pessoas. Entretanto, a criminalidade também se beneficiou desse contexto, principalmente a transfronteiriça, o que exigiu a evolução no enfrentamento da criminalidade, especialmente a organizada, com novas formas de investigações e compartilhamento de informações entre autoridades.

O mesmo caminho se buscou para a extradição, sendo aperfeiçoada quando utilizada entre EMs da UE. Porém, mesmo assim, permaneceu um mecanismo lento e burocrático. A resposta do legislador europeu veio com o Conselho Europeu de Tampere, onde o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais dos EMs foi destacado como pedra angular do sistema de cooperação judiciária da UE. Na sequência, a Decisão-Quadro (DQ) 2002/584 que criou o Mandado de Detenção Europeu (MDE), por meio do qual, nas relações entre EMs, abandona-se a extradição por

uma nova sistemática uniforme de rendição, baseada nos princípios da confiança recíproca e do reconhecimento mútuo².

Esse novo mecanismo é significativamente mais simples e ágil que a extradição, somente podendo não ser executado nas taxativas hipóteses facultativas e obrigatórias. Entretanto, a DQ não previu uma hipótese residual de não execução em caso de violação de direito fundamental (DF), apesar de diversas referências em seu texto sobre o respeito a esses direitos.

Ocorre que, em suas normas nacionais de transposição, alguns EMs previram hipótese residual de não execução por violação de DF, enquanto outros EMs se limitaram a repedir as hipóteses da DQ. Como consequência, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) por vezes foi chamado para esclarecer se poderia um EM não executar o MDE por hipótese não prevista na DQ³.

Inicialmente, o TJUE se manifestou pela impossibilidade, fundamentando-se no princípio do reconhecimento mútuo. Entretanto, no julgamento dos casos Pál Aranyosi e Robert Căldăraru, adotou-se nova posição, relativizando o princípio, com importantes consequências na utilização do MDE, conforme trataremos.

1. O MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU

Enquanto entidades meramente econômicas, no direito das Comunidades Europeias não existiam normas de cooperação judiciária em matéria penal, sendo o tema regulado no âmbito europeu pela Convenção Europeia de Extradicação de 1957, seus dois Protocolos e por normas posteriores⁴.

² CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: 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. Considerando n.º 6. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002F0584&from=PT>>. Acesso em 15 mai. 2019.

³ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: 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. Considerando n.º 6. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002F0584&from=PT>>. Acesso em 15 mai. 2019.

⁴ CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários. Coimbra: Editora Coimbra, v.

Essa realidade muda com o Tratado de Maastricht (1992) e o estabelecimento da estrutura de três pilares da UE, quando a cooperação judiciária passa a ser tratada como questão de interesse comum sob o terceiro pilar⁵. Nessa nova formatação, são promulgadas as Convenções de Extradicação de Bruxelas⁶ (1995) e Dublin⁷ (1996)⁸.

III, 2009, f. 70, cita como exemplos Convenção Europeia de Auxílio Mútuo em Matéria Penal (1959), Convenção Europeia para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionadamente (1964), Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais (1970); Convenção Europeia sobre Transmissão de Processos Penais (1972), Convenção Europeia para Repressão ao Terrorismo (1977) e Convenção relativa à Transferência de Pessoas Condenadas (1983).

⁵ Sobre a estrutura de pilares da União Europeia, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra. 2ª Edição. 2014, p. 20, dispõe que: O tratado UE procurou dar mais um passo no sentido de união política, com especial incidência nos âmbitos da cooperação em matéria de política externa e de defesa (2º pilar) e da justiça e da administração interna (3º pilar). O objetivo final consistiu em erguer a UE sob três pilares. O primeiro, relativo às comunidades, e servido pela unificação parcial no plano institucional, para elevação do Tribunal de Contas a órgão principal e comum e pelo alargamento do controlo jurisdicional. Acolhida foi a nova designação de CE, em substituição de CEE. A este acrescentam-se o segundo e terceiro pilares. O primeiro diz respeito à chamada Política Externa e de Segurança Comum (PESC), integrando o Comité Político e o Senhor “PESC”. O terceiro pilar, de cooperação em matéria de cooperação policial e judiciária em matéria penal, assenta no Comité K4, e tem domínios da Cooperação a 1) política de asilo; 2) o controlo das fronteiras exteriores; 3) a política de imigração; 4) a luta contra a toxicod dependência; 5) a luta contra a fraude; 6) a cooperação judiciária em matéria civil e penal; 7) a cooperação aduaneira; 7) a cooperação policial.

⁶ UNIÃO EUROPEIA. Council Act of 10 March 1995. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l14015a>. Acesso em 14 mai 2019, prevê um procedimento simplificado de entrega em caso de concordância da pessoa interessado e do Estado requerido.

⁷ UNIÃO EUROPEIA. Convenção estabelecida com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à extradicação entre os Estados-membros da União Europeia. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41996A1023(02)&from=EN>. Acesso em 14 mai 2019. Simplifica os procedimentos de entrega e reduz as hipóteses de recusa de extradicação.

⁸ CAEIRO, Pedro. *Cooperação judiciária na União Europeia*. In: *Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários*. Coimbra: Editora Coimbra, v. 3, 2009, f. 70.

No Conselho Europeu de Tampere, adota-se o princípio do reconhecimento mútuo, podendo-se falar na semente do que viria a ser o MDE, que é formalmente criado pela DQ 2002/584, quando se abandona a antiga extradição por uma nova sistemática uniforme de rendição, baseada nos princípios da confiança recíproca e do reconhecimento mútuo, significativamente mais simples e ágil que a forma anterior, com redução das hipóteses de não execução⁹, o que constituiu um dos seus aspectos mais importantes¹⁰.

Sua adoção decorre de um estreitamento das relações entre os EMs que permitiu uma gradual abolição de entraves jurídicos tradicionais e simplificação dos procedimentos de cooperação¹¹. Passa-se para uma relação de parceria entre EMs, não mais se falando em Estado-requerente e Estado-requerido, mas em Estado de emissão e Estado de execução, o que sugere o fim dos processos de validação e exequatur¹².

Outra grande revolução do MDE em comparação à extradição clássica é que o diálogo não se dá mais entre Estados soberanos, mas sim entre juízes independentes, com contato direto entre as autoridades judiciais (e não executivas)¹³. Isso significa que a manutenção de uma detenção obedece às mesmas condições do direito processual penal nacional, permitindo adoção de outras medidas destinadas a prevenir a fuga da pessoa¹⁴, evitando-se detenções desnecessárias.

⁹ SCHALLMOSER, Nina Marlene. The European arrest warrant and Fundamental Rights. Risks of Violation of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 22, 2014, p. 136.

¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Editora Coimbra. 2008, p. 195.

¹¹ FICHERA, Massimo. The European arrest warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?. *European Law Journal*, Oxford, v. 15, n. 1, 2009, p. 72.

¹² RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Editora Coimbra. 2008, p. 71.

¹³ FICHERA, Massimo. The European arrest warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?. *European Law Journal*, Oxford, v. 15, n. 1, 2009, p. 78.

¹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. A globalização do direito penal – Da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. In *Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários*. Editora Coimbra, v.3, 2009, p. 169.

Seu procedimento é extremamente simples, tendo início com a expedição de um MDE pela autoridade judiciária de emissão a partir de um mandado de prisão pretérito emitido com base no direito do Estado de emissão¹⁵. Após cumprimento de formalidade, o que pode incluir a tradução, o MDE é encaminhado para autoridade judiciária de execução, definida pelo direito do EM de execução. Pode haver a inclusão pela autoridade judiciária de emissão da pessoa procurada no Sistema de Informação Schengen (SIS)¹⁶. À autoridade judiciária de execução cabe apenas analisar a presença de alguma hipótese de não execução (facultativa ou obrigatória). Havendo necessidade, poderá a autoridade judiciária de execução solicitar informações complementares para decidir sobre a execução do MDE¹⁷. Recebidas as informações, deve a autoridade judiciária de execução decidir sobre a entrega¹⁸ no prazo

¹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C-241/2015, 1º de junho de 2016. Disponível: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557868945504&uri=CELEX:62015CA0241>. Acesso em 14 mai. 2019, o TJUE já decidiu que, antes da emissão do MDE, deve existir um mandado de detenção nacional distinto do MDE, sob pena de não validade do MDE.

¹⁶ EUROPEIA, Comissão. Comunicado de Imprensa. Disponível: <europa.eu/rapid/press-release_IP-13-309_pt.htm>. Acesso em 14 mai. 2019: O SIS permite um intercâmbio fácil de informações entre as autoridades nacionais de controlo das fronteiras, as autoridades aduaneiras e a polícia sobre pessoas que possam ter estado envolvidas em crimes graves. O sistema contém igualmente alertas sobre pessoas desaparecidas, em particular crianças, bem como informações sobre determinados bens, como notas de banco, automóveis ligeiros, furgonetas, armas de fogo e documentos de identidade que tenham sido roubados, ilegalmente utilizados ou perdidos.

¹⁷ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: 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. Artigo 15º, 2. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002F0584&from=PT>. Acesso em 15 mai. 2019.

¹⁸ Sobre a diferença entre entrega e extradição, CAEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e sua incorporação no Direito português. IN: MOREIRA, Vital. *O Tribunal Penal Internacional e ordem jurídica portuguesa*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, 73: afirma: A ideia fez caminho e acabou por encontrar consagração forma no Estatuto de Roma. De acordo com a definição do artigo 102º do do Estatuto, na sua versão portuguesa, “por entrega entende-se a entrega [sic] de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto; por extradição entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto num tratado, numa

de sessenta dias ou dez dias se a pessoa aceitar ser entregue, ambos contando da data da prisão¹⁹.

Verifica-se que, apesar de fundado no reconhecimento mútuo, a execução do MDE, em certos aspectos, adotou uma posição moderada, não sendo sua execução automática, o que autoriza uma análise pela autoridade judiciária de execução se estão presentes hipóteses de não execução, numa tentativa de salvaguarda das liberdades fundamentais²⁰.

As hipóteses de não execução obrigatória são três, podendo ser resumidas como: anistia; *bis in idem* e impossibilidade responsabilização penal por idade. Por sua vez, as hipóteses de não execução facultativa são várias, não justificando sua transcrição²¹.

convenção ou no direito interno”. Já COSTA, João Pedro Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo. In: *Temas de Extradução e Entrega*. Coimbra: Editora Almedina, 2015. p. 87, afirma: Também o denominado *aligeiramento das condições de entrega* reflecte o intuito de maximização e efectividade da cooperação entre autoridades judiciárias dos Estados-Membros, cuja concretização está patente no enunciado de motivos de não execução *obrigatória e facultativa* do MDE (arts. 3º e 4º da DQ, respectivamente), menos exigente quando comparado com os tradicionais motivos de recusa do pedido de extradição.

¹⁹ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: 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. Considerando n.º 6. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002F0584&from=PT>>. Acesso em 15 mai. 2019.

²⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. O mandado de detenção europeu - Na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Porto, ano 13, n. 1, 2003, p. 36.

²¹ Em resumo: o fato não constituir infracção no EM de execução; a pessoa indicada no MDE está sendo processada pelo mesmo fato no EM de execução; impossibilidade de responsabilização penal pelo fato no EM de execução porque suas autoridades judiciárias decidiram não instaurar procedimento criminal, ou puseram termo ao procedimento instaurado, ou porque a pessoa foi definitivamente julgada; prescrição da acção penal ou da pena nos termos da legislação do EM de execução e os factos forem de sua competência; se a autoridade judiciária souber que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um país terceiro, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja actualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do país de condenação; quando a pessoa procurada se encontrar no EM de execução for sua nacional ou sua residente e este Estado se comprometa a executar essa pena ou medida de segurança nos termos do seu direito nacional; se a infracção

Da análise das hipóteses obrigatórias e facultativas de não execução do MDE, constata-se que não foi prevista uma hipótese residual de não execução por violação de DFs. Trata-se de significativa mudança em relação ao sistema da Convenção Europeia de Extradução, que previa a chamada “cláusula humanitária”²².

Não parece mero esquecimento do legislador europeu, mas opção fundada na confiança mútua e no postulado do respeito efetivo pelos DFs em toda UE²³, o que tem gerando grande debate doutrinário e jurisprudencial, além de divergência entre as normas internas dos EMs.

Apesar da omissão, o art. 1.º, n.º 3, da DQ 2002/584, impõe o respeito aos DFs e aos princípios previstos no artigo 6.º do Tratado da União Europeia, o que poderia conduzir os EMs, em suas Leis de transposição, a consagrarem motivo de recusa fundado no não respeito aos DFs²⁴.

Diante desse contexto, existem duas formas de interpretação. A primeira no sentido de que as previsões impõem o respeito aos DFs, podendo resultar em recusa de execução. A segunda interpretação seria no sentido de que a DQ previu hipóteses taxativas de não execução por violação dos DFs, não podendo ser ampliadas²⁵.

tenha ocorrido, no todo ou em parte, no seu território ou em local considerado como tal do EM de execução ou tenha sido praticada fora do território do EM de emissão e o direito do EM de execução não autorize o procedimento penal por uma infração idêntica praticada fora do seu território; se a pessoa não tiver estado presente no julgamento que conduziu à decisão.

²² CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia de Extradução, de 13 de dezembro de 1957. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680064587>>. Acesso em 15 mai. 2019.

²³ RODRIGUES, Anabela Miranda. O mandado de detenção europeu - Na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto, ano 13, n. 1, 2003, p. 46.

²⁴ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 2002/584/JAI: 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. Considerando 13. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002F0584&from=PT>>. Acesso em 15 mai. 2019.

²⁵ FICHERA, Massimo. The European arrest warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?. *European Law Journal*, Oxford, v. 15, n. 1, 2009, p. 95.

Embora a previsão de hipótese de não execução do MDE por violação dos DFs resultasse numa menor efetividade do MDE e do próprio princípio da confiança recíproca, os DFs não podem ser negados mutuamente, enquanto baseados no princípio da conservação e da produção normativa²⁶, logo, não teria o legislador europeu discricionariedade de fazê-lo. Esse segundo entendimento parece ser razoável em algumas situações, sob pena de comprometer o sistema europeu de proteção²⁷, pois, apesar de a UE estar fundada nos princípios de liberdade, democracia, respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, não existiria mecanismo capaz de garantir a observância dos princípios na execução do MDE.

Como resultado do exposto, alguns EMs optaram apenas por reproduzir as hipóteses de não execução previstas na DQ, por entender que o sistema de proteção dos direitos fundamentais da UE seria suficiente (República-Checa, Romênia, Estónia, Luxemburgo, Hungria, Polónia e Eslováquia). Outros EMs optaram por prever hipótese de não execução quando possa resultar em violação de DF do interessado (Itália, Holanda, Alemanha, Reino Unido)²⁸. Por fim, temos o caso de Portugal, que previu hipótese de recusa por violação de direito fundamental mais restrita, mas posteriormente a excluiu²⁹. A jurisprudência portuguesa não tem admitido outras hipóteses de não execução além das previstas na DQ e Lei 65/2003³⁰.

²⁶ FORST, Rainer. The justification of basic rights: A discourse-theoretical approach. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, v. 45, 2016, p. 13.

²⁷ FICHERA, Massimo. The European arrest warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?. *European Law Journal*, Oxford, v. 15, n. 1, 2009, p. 82.

²⁸ KLIMEK, Libor. New law on the European arrest warrant in the Slovak Republic: does it fulfil standards at the level of the EU. *European Journal of Crime & Criminat Law and Criminat Justice*. v. 20, 2012, p. 185-186.

²⁹ PORTUGAL. Lei 65, de 23 de agosto de 2003: aprova o regime jurídico do mandado de detenção europeu. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=298&tabela=leis>. Acesso em 15 mai. 2019, em seu artigo 11.º, d, previa como motivo de recusa de execução do MDE a infração ser punível com pena de morte ou outra pena que resulte em lesão irreversível da integridade física e quando o MDE for emitido por motivos políticos. Entretanto, a Lei n.º 35/2015 revogou as duas hipóteses.

³⁰ Nesse sentido decisão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. Processo n.º 11/10.8YRGMR. Relator Cruz Bucho, Guimarães, 21 de

A não harmonização das normas nacionais certamente resultaria em divergência na utilização do MDE pelos EMs, o que de fato ocorreu, cabendo ao TJUE definir a interpretação a ser adotada em toda EU.

2. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar da opção do legislador europeu em limitar as hipóteses de não execução do MDE ir ao encontro do princípio do reconhecimento mútuo, subsiste o risco de graves violações aos direitos dos indivíduos, cabendo ao TJUE buscar um equilíbrio. Antes de analisarmos a posição da corte, convém uma breve análise da evolução dos DFs na UE e na jurisprudência do TJUE, bem como a corte tem se utilizado do reenvio prejudicial nesse contexto.

2.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA

Os objetivos iniciais do que viria a ser a UE eram estritamente econômicos, o que justificava a ausência de previsões de direitos e garantias fundamentais, salvo aqueles relacionados aos seus objetivos iniciais (liberdade de circulação de pessoas, bens e capitais e de estabelecimentos)³¹. Nesse período, ao Conselho da Europa competia a proteção dos DFs.

Ainda que a jurisprudência do TJUE tenha reconhecido os DFs no âmbito das Comunidades Europeias³², somente com o Tratado de Maas-

dezembro de 2010. Disponível em: <<http://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/94592875/details/normal?q=Processo+n.º%2011%2F10.8YRGMR>>. Acesso em 14 mai. 2019; e do TRIBUNAL DE RELAÇÃO DE LISBOA. Processo n.º 836/14.5YRLSB-9 e 546/17.1YRLSB-5. Relator Abrunhosa de Carvalho, Lisboa, 02 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/99136875/details/normal?q=Processo+n.º%20836%2F14.5YRLSB-9>>. Acesso em 14 mai. 2019.

³¹ MOREIRA, Vital. A ‘Constitucionalização’ dos Direitos Fundamentais na União Europeia (UE). In: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, f. 697.

³² MOURA RAMOS, Rui Manuel Moura. Situação e Desafios da Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia. Disponível em: <<http://scielo>.

tricht, o Tratado da União Europeia passa a ter um artigo dedicado aos DFs (art. F, n.º 2º)³³, assim como surge o conceito de cidadania europeia³⁴. Com o Tratado de Amsterdã, ocorre alteração do art. 6.º do Tratado da União Europeia (ex-artigo F) relativo aos DFs e há o surgimento do art. 7º, que prevê formas de sanções aos EMs que os desrespeitem. O tratado de Nice possibilitou aplicação de sanções aos EMs de forma preventiva. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta) é adotado em 2000, mas sem força vinculante³⁵, ainda que, segundo o TJUE, possuísse *status* de *soft law*, o que lhes permitia produzir efeitos jurídicos³⁶.

mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2018000200002. Acesso em: 02 jan. 2019.

- ³³ UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. Artigo F, n. 2. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>. Acesso em 14 maio de 2019: 2. A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.
- ³⁴ RODRIGUES Anabela Miranda; DA MOTA, José Luís Lopes. *Para uma política criminal europeia*. Coimbra: Editora Coimbra. 2002, p. 33.
- ³⁵ MOURA RAMOS, Rui Manuel Moura. Situação e Desafios da Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia. Disponível em: http://scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2018000200002. Acesso em: 02 jan. 2019.
- ³⁶ Sobre o tema TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, Processo C-396/11, de 12 de outubro de 2012. Disponível em:<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557865541872&uri=CELEX:62011CC0396>>. Acesso em 14 mai. 2019: 48. Embora a Carta tenha sido proclamada solenemente em Nice, em 7 de dezembro de 2007, a decisão quanto ao estatuto jurídico preciso a atribuir-lhe foi adiada. Consequentemente, a Carta não foi incluída em nenhum dos Tratados e às suas disposições não foi conferido valor legislativo por nenhuma outra forma. Não obstante, a Carta passou rapidamente a ser considerada um catálogo autorizado de direitos fundamentais, porque confirmou os princípios gerais inerentes ao Estado de Direito que são comuns às tradições constitucionais dos Estados-Membros. O Tribunal de Justiça inspirou-se frequentemente nas disposições da Carta para proferir os seus acórdãos. Consequentemente, a Carta adquiriu o estatuto de «soft law»; ou seja, embora as suas disposições não fossem diretamente aplicáveis enquanto parte do direito da UE, eram suscetíveis de produzir efeitos jurídicos — em muitos casos, efeitos amplos — no interior da União.

O Tratado de Lisboa, em seu art. 6.º, expressamente reconhece que os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta têm o mesmo valor jurídico dos Tratados. O mesmo artigo qualifica os DFs garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) como princípios gerais da legislação da UE, o que tem como consequência que as normas da UE podem e devem ser produzidas e interpretadas em consonância com eles. Por sua vez, o artigo 51.º, n.º 1, da Carta afirma que suas disposições são dirigidas às instituições e aos órgãos da União, o que inclui os órgãos legislativos, o que significou um grande avanço no reconhecimento de DF por parte da UE, com importantes consequências práticas³⁷.

2.2. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme visto, dentro do contexto inicial das Comunidades Europeias, com perfil estritamente econômico, em que a preocupação com os direitos fundamentais era deixado a cargo do Conselho da Europa, o então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, num primeiro momento, decidiu que lhe faltava competência para avaliar controvérsias sobre DFs, por entender que os tratados não abordavam o tema e que não poderia considerar a regulamentação constitucional dos EMs diante da supremacia do direito comunitário. Porém, a tese da primazia do direito comunitário³⁸ em relação ao direito nacional não foi bem recebida por alguns EMs, sobretudo Itália e Alemanha, por não aceitarem se submeterem ao direito comunitário até que este dispusesse de proteção adequada aos DFs no mesmo patamar de seus ordenamentos constitucionais.

³⁷ EUROPEIA, União. Tratado de Lisboa: Tratado da União Europeia 2009. Disponível em < https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2019.

³⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Direito da União Europeia. Coimbra: Editora Coimbra. 2ª Edição. 2014, p. 54, sobre a primazia do direito europeu afirma: “A natureza constitucional do direito da UE manifesta-se na primazia do direito da UE sobre o direito nacional, na impossibilidade geral de controlo da constitucionalidade das normas do direito da UE pelos tribunais nacionais e pela previsão de instâncias e mecanismos de controlo jurisdicional, no seio da UE, da validade dos respectivos actos de direito derivado”.

Como consequência, os Tribunais Constitucionais desses EMs passaram a admitir a possibilidade de submissão do direito comunitário às Constituições nacionais, o que representava um sério risco ao próprio direito comunitário, forçando o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias a rever sua posição inicial no julgamento do Processo 29/69³⁹, no qual entendeu que os direitos fundamentais individuais fariam parte do acervo de princípios gerais do direito comunitário. Nos anos seguintes, diversas decisões foram ampliando o âmbito dos direitos fundamentais dentro do direito comunitário: Processo 11/1970⁴⁰, Processo 4/1973⁴¹, Processo 36/1975⁴², Processo 5/1988⁴³, Processo C-260/1989⁴⁴.

Com o surgimento da UE e a criação de normas de cooperação judiciária entre os EMs no âmbito do terceiro pilar, o TJUE passou a ser demandado por questões de natureza penal. Inicialmente, posicionou-se no sentido de autorizar que os DFs poderiam ser comprimidos em

³⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º 29/1969, de 12 de novembro de 1969. Disponível: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557870754232&uri=CELEX:61969CJ0029>. Acesso em 14 mai. 2019: 7. Interpretada desta forma, a disposição controvertida não revela qualquer elemento susceptível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal.

⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º 11/1970, de 14 de maio de 1974. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557868205849&uri=CELEX:61970CJ0011>>. Acesso em 14 mai. 2019.

⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º 4/1973, de 17 de dezembro de 1970. Disponível: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557868283819&uri=CELEX:61973CJ0004>. Acesso em 14 mai. 2019.

⁴² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º 36/1975, de 25 de outubro de 1975. Disponível: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557868367592&uri=CELEX:61975CJ0036>. Acesso em 14 mai. 2019.

⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º 5/1988, de 13 de julho de 1989. Disponível: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557868472344&uri=CELEX:61988CJ0005>. Acesso em 14 mai. 2019.

⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º C-260/1989, de 18 de junho de 1989. Disponível: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557868537836&uri=CELEX:61989CJ0260>. Acesso em 14 mai. 2019.

determinadas situações, especialmente para atender os objetivos de interesse geral da UE, mas sem analisar detalhadamente a conformidade da norma da UE com os DFs, conforme decidido no caso *Bosphorus*⁴⁵. Esse posicionamento somente foi alterado no ano de 2005 no julgamento dos casos *Kadi I*⁴⁶ e *Kadi II*⁴⁷, quando o TJUE reconheceu que algumas normas de direito europeu estavam em desconformidade com os direitos fundamentais⁴⁸.

Com o Tratado de Amsterdã, o TJUE ganha importantes poderes, incluindo o de decidir a título precário sobre a validade e a interpretação das DQs, assim como o de fiscalizar sua legalidade⁴⁹. Já no Tratado de

⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º C-84/1995, de 30 de julho de 1996. Disponível: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557868701487&uri=CELEX:61995CJ0084>. Acesso em 14 mai. 2019: 21. Deve recordar-se que, segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais invocados pela *Bosphorus Airways* não se apresentam como prerrogativas absolutas e o seu exercício pode ser objecto de restrições justificadas por objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade (v. acórdãos de 13 de Dezembro de 1979, *Hauer*, 44/79, Recueil, p. 3727; de 13 de Julho de 1989, *Wachauf*, 5/88, Colect., p. 2609, e de 5 de Outubro de 1994, *Alemanha/Conselho*, C-280/93, Colect.

⁴⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º T-315/01, de 21 de setembro de 2005. Disponível: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557865933229&uri=CELEX:62001TJ0315>. Acesso em 14 mai. 2019.

⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão T-85/09, de 30 de setembro de 2010 Disponível: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557866147004&uri=CELEX:62009TA0085>. Acesso em 14 mai. 2019.

⁴⁸ O caso tem origem a partir da implantação pela UE de Resoluções da Organização das Nações Unidas que determinavam o congelamento de fundos financeiros de pessoas individuais e coletivas suspeitas de terem ligações com o Osama bin Laden, Al-Qaeda e Talibãs, sem possibilidade de qualquer contestação por parte dos interessados. No primeiro julgamento, o Tribunal de primeira instância decide que não poderia julgar medidas do Conselho de Segurança da ONU. Já no Tribunal de Justiça entendeu que não se tratava de analisar a Resolução do Conselho de Segurança da ONU, mas sim as disposições comunitárias que deram que executaram, logo que não poderiam violar direito fundamental.

⁴⁹ CAEIRO, Pedro. *Cooperação judiciária na União Europeia*. In: *Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários*. Coimbra: Editora Coimbra, v. 3, 2009, f. 75.

Lisboa, o TJUE se consagrou como órgão jurisdicional da UE. Com sede em Luxemburgo, é composto por 28 juízes (cada um indicado por um Estado-Membro) e 11 Advogados-Gerais, designados para mandatos de seis anos. Ao TJUE cabe a responsabilidade de interpretar, de forma autorizada e unificadora, as normas da UE⁵⁰.

2.3. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO EUROPEU

As atribuições do TJUE são muitas, interessando ao caso sua competência prejudicial exercida por meio do reenvio prejudicial⁵¹.

O direito da UE tem significativo impacto no cotidiano dos indivíduos e das empresas, resultando inevitavelmente em litígios nos tribunais nacionais, o que poderia pulverizar a hermenêutica do direito europeu. Por meio do reenvio prejudicial⁵², o TJUE busca garantir a efetividade do

⁵⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Direito da União Europeia. Coimbra: Editora Coimbra. 2ª Edição. 2014, p. 54.

⁵¹ Sobre o tema, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Direito da União Europeia. Coimbra: Editora Coimbra. 2ª Edição. 2014, p. 639 afirma: A decisão de reenvio é da responsabilidade do órgão jurisdicional de reenvio (*iudex a qua*). Este deve fornecer o TJUE (*iudex ad quem*) um quadro fático e normativa completo e detalhado do litígio do processo principal e responder aos pedidos de esclarecimentos que lhe sejam dirigidos pela instância da UE. A instância jurisdicional nacional deve, além disso, explicar as razões da pertinência da questão à resolução do litígio. Isso significa que, em muitos casos, o reenvio deve ser feito após a fixação da matéria de facto, posteriormente à instrução e antes do julgamento, preferencialmente depois de um debate contraditório. No entanto, o reenvio é admissível em qualquer fase do processo. Cabe exclusivamente ao tribunal nacional decidir quando o acha oportuno.

⁵² Sobre o tema, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Direito da União Europeia. Coimbra: Editora Coimbra. 2ª Edição. 2014, p. 624 diz: “No direito da UE, o reenvio prejudicial, ou referência preliminar, constitui o mecanismo por excelência de cooperação judicial, ou *diálogo judicial*, entre os tribunais nacionais dos Estados-Membros e a jurisdição da UE. Trata-se de uma peça fundamental de um sistema descentralizado de proteção jurisdicional. A utilização deste meio processo transforma os tribunais dos Estados-Membros em instrumentos de realização do direito da UE, de acordo com o princípio de *desdobramento funcional* anteriormente mencionado. Os tribunais nacionais, dotados de autoridade europeia, ajudam o TJUE a defender a primazia do direito da UE contra os localismos e as forças centrífugas. Assim é, não obstante

direito da UE e de sua primazia em face do direito nacional, através de uma interpretação vinculativa aos órgãos da UE e a todos os EMs, sendo isso fundamental para subsistência da UE e da própria ordem jurídica que disciplina e estrutura⁵³.

O reenvio prejudicial permite que um tribunal nacional⁵⁴, confrontado com lide que envolva direito da UE, envie ao TJUE questão sobre interpretação do direito da UE ou sobre validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, pelos órgãos ou pelos organismos da União. Ao TJUE cabe apenas a análise da tese jurídica. Ao tribunal nacional compete aplicar a interpretação dada pelo TJUE ao caso concreto⁵⁵.

Na interpretação das normas decorrentes das DQs, a participação do TJUE é imprescindível, pois, apesar de os tribunais nacionais terem competência para interpretar as normas nacionais decorrentes da DQ, eventual interpretação pode divergir de outro tribunal nacional,

não existir hierarquia entre os tribunais da UE e os tribunais nacionais e de existir uma separação funcional entre eles. A verdade é que os tribunais nacionais integram hoje a categoria dos tribunais da UE em sentido amplo.

⁵³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra. 2ª Edição. 2014, f. 54.

⁵⁴ Sobre o conceito de órgão jurisdicional para fins de reenvio prejudicial, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra. 2ª Edição. 2014, f. 630, dispõe: com base nesses elementos conotativos, podemos identificar alguns candidatos positivos e negativos ao conceito de órgão jurisdicional de reenvio. Candidatos positivos podemos assinalar, com a ajuda da jurisprudência do TJUE, para além dos tribunais comuns e dos tribunais constitucionais, órgãos jurisdicionais de ordens profissionais, os tribunais arbitrais de constituição legal, os tribunais de contas no quadro da função jurisdicional, entidades administrativas com poderes jurisdicionais e as entidades reguladoras independentes com poderes jurisdicionais sancionatórios. Nestes casos, o reenvio procede se surgir a propósito de um litígio que lhe caiba legalmente dirimir. Na categoria dos candidatos negativos encontramos as autoridades administrativas, os órgãos consultivos, a procuradoria pública, a arbitragem voluntária, a conciliação, as instituições, órgãos e organismos da UE, os tribunais de Estados terceiros e os tribunais internacionais.

⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFUE). Artigo 267.º. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&-from=pt>>. Acesso em 15 mai. 2019.

comprometendo a unidade do direito da UE. Em tais casos, é recomendável que o TJUE uniformize a interpretação⁵⁶.

Nessas hipóteses, o TJUE faz o que a doutrina denomina de interpretação conforme, em que o tribunal deve interpretar a lei nacional em conformidade com a norma da União, para atingir o objetivo desta. A interpretação feita pelo TJUE da norma nacional não se limita aos dispositivos resultantes de transposição da DQ, mas sim de toda norma nacional, sendo permitida, inclusive, uma interpretação extensiva do direito nacional, desde que não seja *contra legem*⁵⁷.

Consigna-se, que, apesar de que as DQs não implicam efeito direto⁵⁸, no acórdão Pupino, TJUE aceitou a obrigação de interpretar a legislação nacional em conformidade com as DQs, sob fundamento do efeito útil da decisão prejudicial, em busca do desenvolvimento de uma organização coesa e solidária na UE e do princípio da cooperação leal⁵⁹. Nesse julgamento, o TJUE conferiu ao terceiro pilar uma natureza

⁵⁶ BORGERS, Matthias J. Mutual Recognition and the European Court of Justice: The Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 18, 2010, p. 101.

⁵⁷ BORGERS, Matthias J. Mutual Recognition and the European Court of Justice: The Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 18, 2010, p. 103.

⁵⁸ Sobre o tema, CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sónia. O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópias da primeira década. In: *Temas de Extradução e Entrega*. Coimbra: Editora Almedina, 2015, p. 165: (...) apesar do seu óbvio efeito directo, uma vez que o art. 34.º, n.º 2, al. b), do Tratado da União Europeia (na versão do Tratado de Amsterdã) exclui claramente o direito de os particulares invocarem o efeito directo das normas de uma decisão-quadro.

⁵⁹ Sobre o princípio da cooperação leal, KLAMERT, Marcus. The Principle of Loyalty in EU Law. In: *Oxford Studies in European Law*. Oxford: Oxford University Press. 2014, p. 12, aponta que: “What is a novelty in the first part of Article 4 (3) TEU is the notion of ‘sincere cooperation’. It has been argued that this merely codifies one particular aspect of a broader principle of loyalty embodied by the entirety of Article 4 (3) TEU. However, this sentence marks the very beginning of a provision not divided into separate paragraphs. For this reason, the reference to the ‘principle of sincere cooperation’ could equally represent the title concept for the remainder of the duties

autônoma, no sentido de que as leis do terceiro pilar tinham efeito na legislação nacional do EM sob suas próprias condições⁶⁰.

Nesse sentido, regularmente o TJUE tem se manifestado sobre temas de cooperação judiciária, incluindo sobre a aplicação do MDE e a ausência de não execução por violação de direito fundamental, conforme será aprofundado. As considerações anteriores ajudarão a compreender o caminho que vem sendo traçado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

3. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO MDE: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

3.1. CASOS PÁL ARANYOSI E ROBERT CĂLDĂRARU

Em reenvio prejudicial, o TJUE apreciou conjuntamente os Processos C-404/15 e C-659/15 PPU, ambos apresentados pelo Tribunal Regional Superior de Bremen, Alemanha. O primeiro era relativo a dois MDÊs para entrega do húngaro Pál Aranyosi às autoridades judiciárias húngaras para efeitos de procedimentos penais. No segundo processo, o romeno Robert Căldăraru foi condenado pelo Tribunal de Primeira Instância de Fagaras à pena privativa de liberdade de um ano e oito meses por condução sem carta de condução, o que motivou emissão de MDE⁶¹.

contained in Article 4 (3) TEU. I would argue, firstly, that there is no difference between the notion of sincere co operation and the notion of loyal cooperation under the Treaty. The 'principle of sincere cooperation' is rendered as ' *Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit* ' in the German version of the Treaty, and as ' *principe de coopération loyale* ' in the French text. Secondly, I will argue later for considering duties of cooperation a subcategory of a more general principle of loyalty.

⁶⁰ BORGERS, Matthias J. Mutual Recognition and the European Court of Justice: The Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 18, 2010, p. 102.

⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C404/2015 e C-659/2015, de 5 de abril de 2016. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557867090925&uri=CELEX:62015CA0404>>.

Em ambos, o Ministério Público de Bremen pediu a entrega dos arguidos às respectivas autoridades. Mas o Tribunal entendeu pela ilicitude da entrega, diante de indícios de os arguidos poderiam ser sujeitos a condições de detenção que violariam o artigo 3.º da CEDH. Ressaltou que o TEDH condenou a Hungria e Romênia em razão da sobrelotação nas suas prisões e citou relatório do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes que apontava que as condições de detenção nos dois países não cumprem as normas mínimas previstas pelo direito internacional⁶².

3.2. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Preliminarmente, o TJUE recordou que a DQ tem por objetivo substituir o sistema de extradição por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias, baseando-se no princípio do reconhecimento mútuo, facilitando e acelerando a cooperação judiciária, contribuindo para

Acesso em 14 mai. 2019. Em ambos os processos, o TJUE foi provocado para que responda: 1. Deve o artigo 1.º, n.º 3, da DQ ser interpretado no sentido de que a extradição para efeitos de procedimento penal é ilícita quando existirem indícios importantes no sentido de que as condições de detenção no Estado-Membro de emissão violam os direitos fundamentais da pessoa em causa e os princípios gerais de direito previstos no artigo 6.º (TUE), ou deve ser interpretado no sentido de que o Estado de execução pode ou deve, nestes casos, fazer depender a decisão sobre a admissibilidade da extradição de uma garantia do cumprimento das condições de detenção? Pode ou deve o Estado de execução para este efeito formular em concreto os requisitos mínimos das condições de detenção a garantir? 2. Devem os artigos 5.º e 6.º, n.º 1, da [decisão-quadro] ser interpretados no sentido de que a autoridade judiciária de emissão também tem competência para [fornecer] garantias do cumprimento das condições de detenção ou deve aplicar-se a este respeito o sistema de competências interno do Estado-Membro de emissão?

⁶² TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Varga e outros c. Hungria, n.º 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13, de 10 de março de 2015. Disponível: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"-fulltext":\["14097/12"\],"itemid":\["001-152784"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 15 mai. 2019 e TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Voicu c. Roménia, n.º 22015/10; Bujorean c. Roménia, n. 13054/12; Constantin Aurelian Burlacu c. Roménia, n.º 51318/12, e Mihai Laurențiu Marin c. Roménia, n.º 79857/12, de 10 de junho de 2014. Disponível: <[hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-144664"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 15 mai. 2019.

tornar a União um espaço de liberdade, segurança e justiça⁶³, com base no elevado grau de confiança que deve existir entre os EMs. Além disso, ponderou que o próprio princípio do reconhecimento mútuo assenta na confiança recíproca de que as respectivas ordens jurídicas nacionais estão em condições de fornecer uma proteção equivalente e efetiva dos DFs e que o princípio do reconhecimento mútuo, enquanto pedra angular da cooperação judiciária em matéria penal, obriga os EMs a dar seguimento a um MDE, salvo nas hipóteses taxativas da DQ.

O Tribunal, porém, defendeu que a execução do MDE só poderá ser suspensa no caso de violação grave e persistente por parte de um EM, dos valores referidos no artigo 2.º do Tratado da União Europeia e em conformidade com o processo previsto no artigo 7.º do Tratado da União Europeia⁶⁴. Também admitiu a possibilidade de limitar os princípios do reconhecimento e da confiança mútuos entre EMs em circunstâncias excepcionais, como violação de DF de caráter absoluto. Afirmou também que os artigos 1.º e 4.º da Carta e o artigo 3.º da CEDH consagram valores fundamentais da União, motivo pelo qual sua violação é proibida de forma absoluta, mesmo na luta contra o terrorismo e o crime organizado⁶⁵. Logo, comprovado que a entrega da pessoa possa resultar em risco de trato desumano ou degradante, à luz do padrão de proteção da UE⁶⁶, a autoridade judiciária de execução poderá suspender a entrega,

⁶³ MARTIN, Maik. Franchir l'infranchissable? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté, et sécurité. *Cultures & Conflits*, n. 62, 2006, p. 63, pondera que o tratado de Amsterdã exige que os EMs desenvolvam o Espaço de liberdade, segurança e justiça por meio da cooperação judiciária.

⁶⁴ EUROPEIA, União. Tratado de Lisboa: Tratado da União Europeia 2009. Disponível em < https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁶⁵ Vide acórdão do TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Bouyid c. Bélgica, n.º 23380/09, de 28 de setembro de 2015, § 81 e jurisprudência referida. Disponível: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["23380"\],"itemid":\["001-157670"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 15 mai. 2019.

⁶⁶ No mesmo sentido n.º 59 e 63 do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º C-399/2011, de 26 de fevereiro de 2013. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557866964364&uri=CELEX:62011CA0399>>. Acesso em 14 mai. 2019.

pois a execução do MDE não pode conduzir a um trato desumano ou degradante dessa pessoa.

Entretanto, a constatação de que existem motivos sérios para considerar que a pessoa correrá risco em função das condições de detenção que poderá ser submetida deve ser feita de forma objetiva, no caso concreto, com base em elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados que atestem a existência dessas deficiências. Dessa forma, a mera análise de deficiências sistêmicas ou generalizadas que afetem certos grupos de pessoas ou centros de detenção no EM de emissão, não é suficiente para suspensão da execução do MDE.

Não possuindo elementos suficientes para decidir, deve-se pedir à autoridade judiciária de emissão informações complementares sobre as condições de detenção que se pretende aplicar à pessoa e informações sobre existência de procedimentos e mecanismos nacionais ou internacionais de fiscalização das condições de detenção relacionadas, que viabilizem apreciar o estado atual das condições de detenção nesses estabelecimentos.

Comprovado no caso concreto um risco de trato desumano ou degradante, ainda assim não poderá a autoridade judiciária de execução negar ou abandonar a execução do MDE, devendo adotá-la⁶⁷, informando a Eurojust nos termos do artigo 17.º, n. 7, da DQ⁶⁸.

⁶⁷ Vide n.º 38 do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C-237/2015, de 16 de julho de 2015. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557871531535&uri=CELEX:62015CA0237>>. Acesso em 14 mai. 2019.

⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C404/2015 e C-659/2015, de 5 de abril de 2016. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557867090925&uri=CELEX:62015CA0404>>. Acesso em 14 mai. 2019. Dispositivo da decisão: Os artigos 1.º, n.º 3, 5.º e 6.º, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, conforme alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, devem ser interpretados no sentido de que, perante elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados que confirmem a existência de deficiências, quer sejam sistêmicas ou generalizadas, quer afetem determinados grupos de pessoas ou ainda determinados centros de detenção, no que respeita às condições de detenção no Estado-Membro de emissão, a autoridade judiciária de execução deve verificar, de maneira concreta e precisa, se existem

3.3. ANÁLISE DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

A decisão do TJUE resultou em profunda mudança jurisprudencial e definiu paradigmas na proteção dos DFs no espaço de liberdade, segurança e justiça, assim resumidos: a) reafirmação do princípio da confiança mútua ao limitar a não execução do MDE às hipóteses da DQ; b) adoção de natureza condicional ao princípio do reconhecimento mútuo diante da possibilidade de violação de DF absoluto; c) nivelamento entre a jurisprudência do TJUE e TEDH; d) autorização de suspensão da execução do MDE em caso de possível violação objetiva de DF absoluto⁶⁹.

O TJUE sempre buscou fortalecer o princípio do reconhecimento mútuo, não sendo diferente no caso sob análise, ao limitar a não execução do MDE às hipóteses taxativas do MDE. Ainda que tenha autorizado a suspensão da execução, reforçou a obrigação de sua execução, impondo que as autoridades judiciárias empreguem esforços para viabilizar a entrega. Além disso, limitou a suspensão à hipótese de risco específico e concreto de violação a DF de carácter absoluto. Ressalta-se que, nas relações com Estado terceiros, em situação similar de potencial violação

motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa-objeto de um mandado de detenção europeu, emitido para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena privativa de liberdade, correrá, em razão das condições da sua detenção nesse Estado-Membro, um risco real de trato desumano ou degradante, na aceção do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em caso de entrega ao referido Estado-Membro. Para o efeito, deve pedir o fornecimento de informações complementares à autoridade judiciária de emissão, que, depois de ter requerido, se necessário, a assistência da autoridade central ou de uma das autoridades centrais do Estado-Membro de emissão, na aceção do artigo 7.º da referida decisão-quadro, deve comunicar essas informações no prazo fixado nesse pedido. A autoridade judiciária de execução deve adiar a sua decisão quanto à entrega da pessoa em causa até obter as informações complementares que lhe permitam afastar a existência de tal risco. Se a existência desse risco não puder ser afastada num prazo razoável, esta autoridade deve decidir se há que pôr termo ao processo de entrega.

⁶⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C404/2015 e C-659/2015, de 5 de abril de 2016. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557867090925&uri=CELEX:62015CA0404>>. Acesso em 14 mai. 2019.

de DF (Caso Petruhhin)⁷⁰, o TJUE decidiu simplesmente pelo abandono da extradição, demonstrando a relevância do princípio na cooperação judiciária entre EMs⁷¹.

Entretanto, ao tempo em que reafirma o princípio do reconhecimento mútuo, esclareceu que não tem natureza incondicional. Logo, a obrigação de presumir que outros EMs asseguram uma proteção efetiva e equivalente dos DFs também não é incondicional⁷². Percebe-se uma aproximação entre a jurisprudência do TJUE sobre o artigo 4.º da Carta e do TEDH⁷³ sobre o artigo 3.º da CEDH, em especial o que foi decidido no caso Soering⁷⁴, em um salutar diálogo judicial.

Nesse sentido, com objetivo de reafirmar o reconhecimento mútuo, mantendo as hipóteses de não execução às hipóteses taxativas da DQ, o TJUE ampliou as hipóteses de suspensão da execução do MDE para incluir caso de violação de DF absoluto.

⁷⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º C-182/2016, de 6 de setembro de 2016. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557871763783&uri=CELEX:62015CA0182>>. Acesso em 14 mai. 2019.

⁷¹ RIZCALLAH, Cécilia. *European and International Criminal Cooperation: A Matter of Trust?*. Bruxelas: College of Europe, 2017, p. 7.

⁷² BOVEND'EERDT, Koen. The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice. *Utrecht Journal of International and European Law*, Utrecht, v. 32, 2016, p. 113.

⁷³ ROMERO, Marta Muñoz de Morale. Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo. *Revista para El Análisis Del Derecho*. 2017, p. 4, cita: STEDH, de 24 de julio de 2012, caso Iavoc stanciu c. Rumania, demanda n.º 35972/05; STEDH, de 10 de marzo de 2015, caso Varga y otros c. Hungría, demandas n.º 14097/12 y otros (sentencia piloto); STEDH, de 8 de enero de 2013, caso Torregiani y otros c. Italia, demanda n.º 43517/09 y otros; STEDH, de 25 de noviembre de 2014, caso Vasilescu c. Bélgica, demanda n.º 64682/12.

⁷⁴ No Processo TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Soering v. The United Kingdom, n.º 14038/887 de julho de 1989. Disponível: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["14038/88"\],"itemid":\["001-57619"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 15 mai. 2019, o TEDH determinou a não extradição, por ter sido demonstrado motivos substanciais para acreditar que a pessoa em causa, se extraditada, enfrentaria o risco real de ser submetida a tortura ou a tratamentos desumanos ou degradantes no país requerente.

Mas, para ser capaz de resultar em suspensão, a análise da possibilidade de violação de DF deve ser feita em duas etapas. Na primeira a autoridade judiciária de execução verificará existência de deficiências sistêmicas ou generalizadas, ou que possam afetar certos grupos de pessoas ou certos locais de detenção, com base nas informações que dispuser, incluindo decisões de tribunais internacionais como o TEDH, relatórios ou outros documentos produzidos por órgãos do Conselho da Europa ou sob a égide da ONU⁷⁵. Em caso positivo, deve fazer uma segunda análise, específica e precisa, de motivos substanciais para acreditar que o indivíduo em questão estará exposto a esse risco se entregue, podendo solicitar informações complementares para fundamentar sua decisão. Na análise do risco específico, é imprescindível o grau de impacto que entrega resultaria sobre os DFs da pessoa, individualizando o risco genérico. Assim, riscos meramente genéricos não são suficientes para fundamentar uma recusa, mas apenas autorizam uma análise do risco específico⁷⁶.

Diante da suspensão da execução do MDE, a manutenção da pessoa em detenção pode se mostrar desproporcional ou injustificável, o que autoriza sua liberdade provisória, com adoção de medidas necessárias para evitar a fuga da pessoa reivindicada⁷⁷.

A autoridade judiciária de emissão pode, por meio de informações complementares, superar o risco específico, por meio de medidas alternativas destinadas à pessoa, como, por exemplo, que a pena seja cumprida em estabelecimento adequado que respeite as normas internacionais, ou mesmo demonstrando que o risco não mais existe, o que permitirá que a autoridade judiciária de execução autorize a entrega⁷⁸, ainda que tenham

⁷⁵ RIZCALLAH, Cécilia. *European and International Criminal Cooperation: A Matter of Trust?*. Bruxelas: College of Europe, 2017, p. 5.

⁷⁶ ROMERO, Marta Muñoz de Morale. Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo. *Revista para El Análisis Del Derecho*. 2017, f. 8.

⁷⁷ ROMERO, Marta Muñoz de Morale. Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo. *Revista para El Análisis Del Derecho*. 2017, f. 10.

⁷⁸ ROMERO, Marta Muñoz de Morale. Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de

sido extrapolados os prazos de execução do MDE previstos na DQ. Pois, conforme decidido no caso Lanigan, findo o prazo de execução, a autoridade judiciária de exceção ainda deve cumprir o MDE⁷⁹.

Caso as informações complementares não permitam concluir pela superação do risco específico, a entrega não poderá ser feita, devendo ser adiada (termos previstos no artigo 17.4 DQ), com comunicação à Eurojust indicando os motivos da demora⁸⁰.

Ainda que na decisão sob análise, assim como no parecer do Advogado-Geral, não tenha ficado explícito, criou-se uma nova hipótese de entrega condicional, fundado no princípio da cooperação leal e da

entender el principio de reconocimiento mutuo. *Revista para El Análisis Del Derecho*. 2017, f. 15.

⁷⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão n.º C-237/2015-315/01, de 16 de junho de 2015. Disponível: <eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557867378681&uri=CELEX:62015CA0237>. Acesso em 14 mai. 2019, em que o tribunal decidiu que “Os artigos 15.º, n.º 1, e 17.º da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, conforme alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, devem ser interpretados no sentido de que a autoridade judiciária de execução continua obrigada a adotar a decisão sobre a execução do mandado de detenção europeu findos os prazos fixados nesse artigo 17.º. O artigo 12.º da referida decisão-quadro, lido em conjugação com o artigo 17.º desta e à luz do artigo 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe, em tal situação, à manutenção da pessoa procurada em detenção, em conformidade com o direito do Estado-Membro de execução, ainda que a duração total dos períodos de detenção dessa pessoa exceda aqueles prazos, desde que esta duração não seja excessiva tendo em conta as características do procedimento seguido no processo principal, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Se a autoridade judiciária de execução decidir pôr termo à detenção da referida pessoa, deverá acompanhar a libertação provisória dessa pessoa de todas as medidas que considere necessárias para evitar a sua fuga e para garantir que as condições materiais necessárias à sua entrega efetiva continuem reunidas enquanto não for tomada nenhuma decisão definitiva sobre a execução do mandado de detenção europeu.

⁸⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C404/2015 e C-659/2015, de 5 de abril de 2016. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557867090925&uri=CELEX:62015CA0404>>. Acesso em 14 mai. 2019.

confiança mútua, ao condicionar a entrega a que o EM de emissão tome todas as medidas necessárias para garantir o respeito pelos DFs⁸¹.

Com a decisão em análise, o TJUE passa a admitir, excepcionalmente, a possibilidade de suspensão da execução do MDE por violação de DF absoluto, contrastando com a posição defendida no caso Radu⁸², conciliando a tutela dos DFs com o princípio do reconhecimento mútuo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A supressão das fronteiras internas dos EMs - e a consequente livre circulação de pessoas, mercadorias e serviços - não poderia ser feita em detrimento da segurança, da ordem e das liberdades públicas⁸³, o que exigiu o aperfeiçoamento do sistema de cooperação judiciária em matéria penal. Fundamentado no princípio do reconhecimento mútuo, o legislador da UE criou mecanismos para facilitar o alcance

⁸¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C404/2015 e C-659/2015, de 5 de abril de 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557867090925&uri=CELEX:62015CA0404>>. Acesso em 14 mai. 2019.

⁸² No TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C-396/11, de 12 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557865541872&uri=CELEX:62011CC0396>>. Acesso em 14 mai. 2019, o TJUE consignou no item 36 que “os Estados-Membros apenas podem recusar dar execução a tal mandado nos casos de não execução obrigatória previstos pelo artigo 3.º desta assim como nos casos de não execução facultativa enumerados nos seus artigos 4.º e 4.º-A (v., neste sentido, acórdãos de 1.º de dezembro de 2008, Leymann e Pustovarov, C-388/08 PPU, Colet., p. I-8983, n. o 51, e de 16 de novembro de 2010, Mantello, C-261/09, Colet., p. I-11477, n. o 37). Além disso, a autoridade judiciária de execução apenas pode subordinar a execução de um mandado de detenção europeu às condições definidas no artigo 5.º da referida decisão-quadro. Ao final, concluiu no item 43 que “Tendo em conta o exposto, há que responder às quatro primeiras questões, bem como à sexta questão, que a Decisão-Quadro 2002/584 deve ser interpretada no sentido de que as autoridades judiciárias de execução não podem recusar executar um mandado de detenção europeu emitido para efeitos de um procedimento penal com o fundamento de que a pessoa procurada não foi ouvida no Estado-Membro de emissão antes de esse mandado de detenção ter sido emitido”.

⁸³ RODRIGUES, Anabela Miranda; DA MOTA, José Luís Lopes. *Para uma política criminal europeia*. Coimbra: Editora Coimbra. 2002, p. 33.

transfronteiriço em matéria penal, com significativo impacto nos direitos processuais das pessoas, mas com pouca atenção legislativa aos desafios da proteção dos DFs⁸⁴.

Apesar da importância do reconhecimento mútuo para consolidação do direito da UE, este princípio não pode ser absoluto, principalmente quando se sai da esfera meramente econômica e parte para o domínio penal, em que o indivíduo é sujeito das consequências do MDE, o que faz surgir a necessidade de gerenciamento do princípio no sentido de cumprir a proporcionalidade⁸⁵ para então a noção de confiança, como pedra central, poder funcionar plenamente⁸⁶. Nesse sentido, o reconhecimento mútuo não deve triunfar automaticamente sobre os DFs, conforme decidiu o TJUE⁸⁷. Porém, instituir um controle em todos os casos esvaziaria o conteúdo do princípio, mas isso não pode impedir, em caráter excepcional, o controle da proteção dos DFs.

Sem dúvida, não apenas em relação ao MDE, mas em todas as formas de cooperação fundadas na confiança mútua, a grande questão será definir o equilíbrio entre a necessidade de uma cooperação célere e eficaz e a preservação dos DFs, reconhecendo que o princípio de

⁸⁴ LÖÖF, Robin. Shooting from the hip: Proposed minimum rights in criminal proceedings throughout the EU. *European Law Journal*, Oxford, v. 12, n. 3, p. 421-430, 2006, p. 423.

⁸⁵ Sobre a forma de abordagem do princípio da proporcionalidade pelo TJUE, SILVA, Suzana Tavares da. O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. In *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: vol. 88, tomo II, 2012, p. 669: As referências às diferentes concepções e aplicações do *princípio da proporcionalidade* permitiram-nos compreender que ele admite diversas combinações: (...) *iii*) um *controlo duplo* fundado nos testes da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, divulgado sobretudo na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia;

⁸⁶ HERLIN-KARNELL, Ester. European arrest warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship. *The Modern Law Review Limited*, Oxford, v. 73, °5, p. 824-835, 2010, p. 832.

⁸⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C-411/10 e C-493/10, de 21 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557867705185&uri=CELEX:62010CA0411>>. Acesso em 14 mai. 2019.

reconhecimento mútuo não resulta numa presunção absoluta do respeito aos DFs por todos EMs⁸⁸.

O acórdão dos casos Ranyosi e Caldararu estabeleceu, pela primeira vez, um limite à entrega na execução do MDE não expressamente prevista na DQ, permitindo à autoridade judiciária de execução conciliar a salvaguarda da soberania e evitar a impunidade por meio da cooperação e do respeito aos DFs⁸⁹.

No caso, o TJUE adotou entendimento há muito defendido por Rodrigues, no sentido de que, apesar de o considerando n.º 10 não constar das disposições da DQ e de ser discutível se possuiu natureza jurídica de norma, deve prevalecer uma interpretação em prol dos DFs, posição que encontra apoio também nos considerandos n.º 12 e n.º 13⁹⁰.

Melhor teria sido se o legislador europeu, ciente da necessidade de instrumentos efetivos de proteção dos DFs, tivesse expressamente previsto uma hipótese de não execução humanitária. Como não o fez, coube ao TJUE encontrar uma solução.

Em última análise, a decisão pode contribuir para uniformização do padrão das detenções dos EMs, com melhoras daquelas que não atendem os padrões mínimos da UE, sob pena do EM que não o fizer se ver privado do direito de entrega. Mas, sem dúvida, a decisão busca evitar que a violação a DF se torne motivo de não execução automática, fundando-se no princípio da proporcionalidade⁹¹, na medida em que

⁸⁸ PÉREZ, Aida Torres. Spanish Constitutional Court Constitutional Dialogue on the European arrest warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011. *European Constitutional Law Review*, Cambridge, v. 8, n 1, p. 105–127, 2012, p. 126.

⁸⁹ ROMERO, Marta Muñoz de Morale. Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo. *Revista para El Análisis Del Derecho*. 2017, f. 23.

⁹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. O mandado de detenção europeu - Na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto, ano 13, n. 1, 2003, p. 47.

⁹¹ Sobre proporcionalidade, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, Processo C-404/15 e 659/2015, de 03 de março de 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1557867910754&uri=CELEX:62015CC0404>>. Acesso em 14 mai. 2019: 170. Tratando-se de um mandado de detenção europeu

somente admitiu a não entrega em situações excepcionais, ciente do impacto que teria no sistema.

Por outro lado, apesar de a decisão ter limitado o alcance do reconhecimento mútuo, não se pode esquecer da relação necessária e paradoxal entre o direito penal e os DFs, que legitima a repressão punitiva em nome da proteção (função espada), em que os DFs traduzem a boa consciência da punição, ao tempo que também representam uma limitação da punição do direito penal (função escudo), exprimindo o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e a necessidade de intervenção penal⁹².

Considerando que o respeito aos DFs constitui verdadeiro patrimônio europeu, não se situando numa lógica de confiança ou desconfiança recíproca, por se tratar de questão de garantia concreta e não ilusória⁹³, parece ter sido acertada a decisão.

O papel do direito penal na proteção das futuras gerações é um problema relativamente novo que põe em causa os próprios fundamentos e a legitimação da intervenção penal, a idoneidade dos seus instrumentos e o caminho do labor jurídico-científico que exerce⁹⁴. Os meios de cooperação judiciária na UE, de igual forma, precisam ser pensados e usados em pleno respeito aos DFs. Somente assim os EMs e a UE manterão a

emitido para efeitos de procedimento penal, este é proporcionado se as suas condições de execução forem compatíveis com a simples necessidade de manter a pessoa procurada à disposição da justiça. Aliás, no seu acórdão Larent c. Polónia 54, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem declarou que a emissão de um mandado de detenção europeu pela prática de uma infração relativamente à qual a prisão preventiva seria normalmente considerada inapropriada pode acarretar consequências desproporcionadas para a liberdade da pessoa procurada, suscetíveis de serem enquadradas no âmbito das garantias previstas no artigo 5.º da CEDH.

⁹² RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal europeu pós-Lisboa. Um direito penal funcionalista. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, n.º 4004, p. 320/334, 2017, p. 331.

⁹³ RODRIGUES, Anabela Miranda. O mandado de detenção europeu - Na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto, ano 13, n. 1, 2003, p. 48.

⁹⁴ FIGUEIREDO DIAS, José de. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. In: SILVA, Luciano Nascimento. In: SILVA, Luciano Nascimento. *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Jurua Editora, 2007, p. 22.

legitimidade necessária para intervenção penal na proteção das futuras gerações. O direito penal europeu deve ser aferido pelo princípio da proporcionalidade em sentido amplo, configurando um verdadeiro limite para frear os efeitos expansivos decorrentes do princípio da eficácia do direito da UE⁹⁵.

Não se pode esquecer que o direito é algo dinâmico e assim tem que ser, sendo o direito europeu mais ainda, o que exige, por meio da percepção daquilo que constitui o real da contemporaneidade, “lançar novos modos de realização do direito, para que este continue a ser, não só um pressuposto para a realização de tantos outros valores, mas também, ele próprio, projeção, no futuro, dos seus valores específicos⁹⁶”.

Concluo que a decisão do TJUE conseguiu equilibrar a necessidade de respeitar o princípio do reconhecimento mútuo, a proporcionalidade na implementação e na aplicação da DQ, mantendo o respeito dos DFs, ao mesmo tempo em que permitiu a implementação de uma política-criminal da União, interpretando as normas nacionais (alemã, mas extensível àquelas que tenham previsão semelhante) conforme o direito comunitário, constituindo não apenas um ordenamento de segurança, mas, nas palavras de Rodrigues, também de liberdade⁹⁷.

⁹⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal europeu pós-Lisboa. Um direito penal funcionalista. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, n.º 4004, p. 320/334, 2017, p. 332.

⁹⁶ FARIA COSTA, José. O Direito Penal e o Tempo: algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume comemorativo do 75º tomo do Boletim da Faculdade de Direito, p. 1139-1165, 2003, p. 149.

⁹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal europeu pós-Lisboa. Um direito penal funcionalista. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, n.º 4004, p. 320/334, 2017, p. 334, afirma que: O direito penal europeu esteve, na sua origem e desenvolvimentos primeiros, ligado mais ao interesse de punir dos Estados-Membros e menos à proteção dos direitos fundamentais. Este é o tempo de o direito penal europeu dar sinais inequívocos de que está ao serviço, da vítima e do condenado. E, assim, de se construir, não como um ordenamento de segurança, mas como um ordenamento de liberdade.

REFERÊNCIAS

- BORGERS, Matthias J. Mutual Recognition and the European Court of Justice: The Meaning of Consistent Interpretation and Autonomous and Uniform Interpretation of Union Law for the Development of the Principle of Mutual Recognition in Criminal Matters. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 18, 2010.
- BOVEND'EERDT, Koen. The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice. *Utrecht Journal of International and European Law*, Utrecht, v. 32, 2016.
- CAEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e sua incorporação no Direito português. IN: MOREIRA, Vital. *O Tribunal Penal Internacional e ordem jurídica portuguesa*. Coimbra: Editora Coimbra, p. 69-157, 2004.
- CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: *Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários*. Volume III, p. 69-80. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.
- CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sónia. O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópias da primeira década. In: *Temas de Extradicação e Entrega*. Coimbra: Editora Almedina, p. 159-194, 2015.
- COSTA, João Pedro Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo. In: *Temas de Extradicação e Entrega*. Coimbra: Editora Almedina, p. 82-113, 2015.
- FARIA COSTA, José. O Direito Penal e o Tempo: algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Volume comemorativo do 75º tomo do Boletim da Faculdade de Direito, p. 1139-1165, 2003.
- FIGUEIREDO DIAS, José de. O papel do direito penal na proteção das gerações futuras. In: SILVA, Luciano Nascimento. In: SILVA, Luciano Nascimento. *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Jurua Editora, 2007.
- FICHERA, Massimo. The European arrest warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?. *European Law Journal*, Oxford, v. 15, n. 1, p. 70-97, 2009.
- FORST, Rainer. The justification of basic rights: A discourse-theoretical approach. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, v. 45, p. 7-28, 2016.
- HERLIN-KARNELL, Ester. European arrest warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship. *The Modern Law Review Limited*, Oxford, v. 73, nº5, p. 824-835, 2010.

KLIMEK, Libor. New law on the European arrest warrant in the Slovak Republic: does it fulfil standards at the level of the EU. *European Journal of Crime & Criminat Law and Criminat Justice*, v. 20, p. 181-192, 2012.

KLAMERT, Marcus. The Principle of Loyalty in EU Law. In: *Oxford Studies in European Law*. Oxford: Oxford University Press. 2014.

LÖÖF, Robin. Shooting from the hip: Proposed minimum rights in criminal proceedings throughout the EU. *European Law Journal*, Oxford, v. 12, n. 3, p. 421-430, 2006.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Direito da União Europeia. Coimbra: Editora Coimbra. 2ª Edição. 2014.

MARTIN, Maik. Franchir l'infranchissable? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté, et sécurité. *Cultures & Conflits*, n. 62, p. 63–77, 2006.

MOREIRA, Vital. A 'Constitucionalização' dos Direitos Fundamentais na União Europeia (UE). In: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOURA RAMOS, Rui Manuel Moura. Situação e Desafios da Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia. Disponível em: http://scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2018000200002. Acesso em: 02 jan. 2019.

PÉREZ, Aida Torres. Spanish Constitutional Court Constitutional Dialogue on the European arrest warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011. *European Constitutional Law Review*, Cambridge, v. 8, n 1, p. 105–127, 2012.

RIZCALLAH, Cécilia. *European and International Criminal Cooperation: A Matter of Trust?*. Bruxelas: College of Europe, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda; DA MOTA, José Luís Lopes. *Para uma política criminal europeia*. Coimbra: Editora Coimbra. 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O mandado de detenção europeu - Na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto, ano 13, n. 1, p. 27-63, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Editora Coimbra. 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A globalização do direito penal – Da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização. In *Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários*. Volume III. Editora Coimbra. 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal europeu pós-Lisboa. Um direito penal funcionalista. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, n.º 4004, p. 320-334, 2017.

ROMERO, Marta Muñoz de Morale. Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo. *Revista para El Análisis Del Derecho*. 2017.

SCHALLMOSER, Nina Marlene. The European arrest warrant and Fundamental Rights. Risks of Violation of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 22, p. 135-165, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. In *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: vol. 88, tomo II, p. 639-678, 2012.

SILVEIRA, Alessandra. Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? - Eis a questão! *Julgare*, Coimbra, n. 22, p. 179-209, 2014.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor 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): o autor 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: 01/04/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 01/04/2019
- Avaliação 1: 21/04/2019
- Avaliação 2: 22/04/2019
- Avaliação 3: 28/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 14/05/2019
- Retorno rodada de correções: 22/05/2019
- Decisão editorial final: 23/05/2019

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

LEAL, Celso Costa Lima. A Tutela dos Direitos Fundamentais no Âmbito do Mandado de Detenção Europeu: Análise da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 855-888, mai./ago. 2019.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.218>



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

Permanência, nacionalidade e residência do procurado como causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu: o caso português

Staying in, nationality and residence of the requested person as grounds for optional non-execution of the European Arrest Warrant: the Portuguese case

Jorge Bheron Rocha¹

Universidade de Fortaleza – Fortaleza/Ceará

bheronrocha@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5464447160393013>

 <http://orcid.org/0000-0002-6673-7174>

RESUMO: Objetiva-se neste artigo estudar a causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu (MDE) na hipótese de o procurado se encontrar no território do qual é nacional ou onde é residente, em especial o tratamento dado pelo Estado Português a estes casos. A pesquisa reveste-se de importância em razão de o MDE ser um instrumento surgido na esteira do mandado de detenção do Tribunal Penal Internacional, contrapondo-se às desvantagens da extra-dição, buscando a simplificação e a celeridade em face das dificuldades práticas da persecução penal ante a livre movimentação no território europeu de pessoas. Utilizam-se como fontes de análise as Decisões-

¹ Doutorando em Direito Constitucional (UNIFOR). Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, com estágio na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Pós-graduado em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Sócio fundador do Instituto Latino-Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia (ILAEDPD). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Defensor Público do Estado do Ceará. Professor de Direito Penal e Processo Penal e Civil da Graduação e Pós-Graduação. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Membro do Conselho Editorial da Boulesis e da Emais Editora.

Quadro do Conselho da União Europeia, a legislação portuguesa pertinente e a jurisprudência dos Tribunais portugueses e do Tribunal de Justiça da União Europeia. Serão analisados os requisitos objetivos e subjetivos, os limites da facultatividade, os contornos do compromisso assumido em decorrência da recusa, a necessidade de eventual adaptação da pena frente ao aparente conflito entre sua imutabilidade e a reserva de soberania do Estado Português, e a relação do instituto com o princípio do reconhecimento mútuo, convertido em pedra angular da cooperação judiciária, dentro do espaço único europeu de justiça, segurança e liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Detenção Europeu; Causa de Recusa Facultativa; Permanência; Nacionalidade; Residência; Portugal; Jurisprudência; Princípio do Reconhecimento Mútuo.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to investigate the grounds for optional non-execution of the European Arrest Warrant in the event that the requested person is staying in, or is a national or a resident in the State, in particular the Portuguese case. The research is important because the EAW is an instrument that seeks to bypass the disadvantages of extradition, seeking simplification and speed in face of the practical difficulties of prosecution in light of the free movement of people within the European Union territory. The Framework Decisions of the Council of the European Union, the relevant Portuguese legislation and the jurisprudence of the Portuguese Courts and the Court of Justice of the European Union are used as sources of analysis. Objective and subjective requirements, the limits of faculties, the outlines of the commitment assumed as a result of the refusal, the need for possible adaptation of the sentence in face of the apparent conflict between its immutability and the reserve of sovereignty of the Portuguese State, and the relationship of the institute with the principle of mutual recognition, which became the cornerstone of judicial cooperation within the European Union's area of freedom, security and justice.*

KEY WORDS: *European Arrest Warrant; Grounds for Optional Refusal; Staying in; Nationality; Residence; Portugal; Jurisprudence; Principle of Mutual Recognition.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Território português, nacionalidade e residência; 2 A facultatividade vinculada da recusa de execução; 3 O compromisso do Estado Português de executar a pena e seus desdobramentos; 4. Adaptação da pena à lei portuguesa; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu (MDE) – prevista no art. 4º.6 da Decisão Quadro (DQ) 2002/584/ Justiça e Assuntos Internos (JAI), do Conselho da União Europeia, de 13 de junho – DQ2002/584, correspondendo ao art. 12º.1.g da Lei 65/2003, de 23 de agosto, a qual transpôs a citada decisão quadro para o ordenamento jurídico português.

Os estudos serão levados a efeito utilizando como principal fonte de análise os posicionamentos da jurisprudência dos Tribunais portugueses, especialmente do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), sobre as questões relativas à mencionada hipótese de recusa facultativa da execução do MDE do procurado que se encontre em território português com fundamento na nacionalidade portuguesa ou na residência em Portugal. Investiga-se, também, aspectos como a competência para firmar o compromisso do Estado Português em executar ele próprio a sentença estrangeira; a problemática da adaptação desta ao sistema jurídico-penal do Estado de execução; e as alterações trazidas pela Lei n.º 35, de 4 de maio de 2015.

À partida, impende delimitar o âmbito de discussão do presente trabalho, o que se faz de logo informando que aqui se tratará apenas do instituto da Entrega *stricto sensu*, entendida como aquela realizada no Espaço de Liberdade, Justiça e Segurança da União Europeia através do MDE, instrumento surgido na esteira do mandado de detenção emitido pelo juízo de instrução do Tribunal Penal Internacional (TPI)², inspirada no instituto da extradição³, mas contrapondo-se às suas desvantagens⁴,

² Ver principalmente os arts. 58º e 89º, do Decreto do Presidente da República n.º 2/2002 de 18 de janeiro, que ratifica o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

³ Para uma visão da evolução da Cooperação Judiciária ver CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin. 2006. p. 439-453; RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

⁴ “O germe do MDE encontra-se nas conclusões do Conselho de Tampere, que confirmam que o procedimento formal de extradição seja abolido entre os membros estados, e substituído por uma simples transferência”. ALEGRE, Susie; LEAF, Marisa. Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A

sobretudo buscando a simplificação e a celeridade do procedimento⁵, e em face das dificuldades práticas acrescidas no âmbito da persecução penal ante à livre movimentação de pessoas, que podem ter intenções lícitas ou ilícitas, no território europeu⁶.

O MDE é uma decisão judiciária emitida por um Estado membro (chamado Estado-membro de emissão) com vista à detenção e entrega por outro Estado membro (chamado Estado-membro de execução) de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena privativa da liberdade, com ou sem controle de dupla incriminação. Relativamente às penas ou medidas de segurança privativas da liberdade, é admitida a entrega se estas tiverem duração máxima não inferior a 12 meses e, se sem controle de dupla incriminação, se a duração máxima não for inferior a três anos, ou, quando tiver por finalidade o cumprimento de pena ou de medida de segurança, desde que o cumprimento efetivo que se pretende não seja inferior a quatro meses⁷.

O MDE impõe maior automaticidade e simplicidade em matéria de cooperação criminal entre os países da União Europeia porque: (i) reduz drasticamente as hipóteses de aplicação do princípio da dupla criminalidade; (ii) transfere a competência pela entrega às autoridades

Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant. *European Law Journal*, v. 10, n. 2, mar. 2004, p. 201.

- ⁵ “À luz da complexidade do sistema de extradição decorrente desses actos e da lentidão processual resultante da sua aplicação, tal mudança de filosofia é também, porém, incontestavelmente oportuna”. CABRAL, Pedro. In *Bitter Sweet Symphony: Em torno da validade da Decisão-quadro 2002/584/JAI relativa ao mandado de detenção europeu*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 69, 2009, p. 250.
- ⁶ ZAMBIASI, Vinícius Wildner; KLEE, Paloma Marita Cavol. A (possibilidade de) não execução do mandado de detenção europeu fundamentada no tratamento ou pena cruel ou degradante. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 845-886, mai./ago. 2018, p. 854.
- ⁷ “I. O art. 2º da Lei nº 65/2003, de 23/08, mais concretamente o segmento ‘sanção aplicada não inferior a 4 meses’, deve interpretar-se no sentido de, por sanção aplicada, se entender pena aplicada no processo e ainda não cumprida, ou seja, pena cujo cumprimento efectivo se pretende com a utilização do mandado de detenção europeu, e não no sentido de pena proferida no processo, independentemente do tempo que dela restar cumprir.” Tribunal da Relação de Évora Processo: 179/11.6YREVR, Relator: Ana Barata Brito. Data do Acórdão: 31-01-2012.

judiciais e não às autoridades políticas; e, por último, há uma tentativa ambiciosa de reduzir a recusa de extradição por motivo ligado à nacionalidade da pessoa procurada, que vige em muitos Estados membros⁸. Entretanto algumas outras causas de recusa permanecem, dentre elas esta que é objeto de estudo do presente artigo.

Será analisada especificamente a hipótese em que Portugal é o Estado-membro de execução do MDE para entrega de procurado para cumprimento de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, em que a pessoa procurada se encontra em território nacional português, tem nacionalidade portuguesa ou reside em Portugal e que existe o compromisso deste país em executar a pena. Ademais, examinar-se-á eventual necessidade de adaptação da pena imposta pelo estado emissor à Lei Portuguesa, nos casos do compromisso de execução desta em Portugal perante a sobredita recusa.

Para tanto, além de se examinar a DQ2002/584 e a Lei 65/2003, também será necessário debruçar-se sobre a DQ2008/909/JAI, e, mesmo que tangencialmente, sobre a Lei 144/1999, o Código de Processo Penal (CPP), o Código Penal (CP), além de disposições comunitárias.

Além das normas que se relacionam estreitamente com a matéria, também se atentará para a análise de alguns documentos produzidos no seio da Comunidade Europeia, a fim de servir, ao mesmo tempo, de demarcação do âmbito de discussão histórica, o que poderá servir para entender a *mens legis* e *mens legislatoris*, bem assim servir de bússola interpretativa das normas comunitárias e das nacionais portuguesas.

Tendo em vista que o exame da jurisprudência dos Tribunais portugueses está no cerne do presente trabalho, opta-se por transcrever nas notas de rodapé os trechos dos acórdãos que correspondam diretamente à matéria tratada, bem como de trechos da legislação específica e de documentos, de forma a melhor visualizar o estado atual de discussão das questões abordadas e a real aplicabilidade das normas e princípios aos casos concretos postos à decisão pelo Judiciário lusitano.

⁸ MANCANO, Leandro. The right to liberty in European Union law and mutual recognition in criminal matters. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 18, p. 215-238, 2016.

As decisões judiciais examinadas serão, em sua maioria, aquelas que se debruçaram sobre o MDE e as causas de não execução da entrega, obrigatórias ou facultativas, e principalmente sobre a hipótese de recusa já citada, mas não exclusivamente, pois também serão analisadas decisões sobre extradição, revisão e confirmação de sentença estrangeira nos pontos de relação umbilical com a matéria a ser tratada.

Saliente-se a importância do estudo de todos os aspectos do Mandado de Detenção Europeu, com o fito de jogar luzes sobre questões relacionadas ao seu regime jurídico, em especial a sua aplicação prática, bem assim em razão da possibilidade de desenvolvimento por outras comunidades de nações de instrumentos semelhantes⁹, servindo a presente pesquisa como base comparativa, apresentando eventuais problemas e possíveis soluções.

1. TERRITÓRIO PORTUGUÊS, NACIONALIDADE E RESIDÊNCIA

Os tribunais portugueses têm sido chamados, com crescente frequência, a decidir sobre as questões relativas à execução do Mandado de Detenção Europeu, e, cada vez mais, sobre as causas de recusa de execução. Dentre as hipóteses mais comuns, estão aquelas que tem fundamento na nacionalidade ou residência do procurado que se encontre em território nacional português. A norma que fundamenta a recusa está na DQ 2002/584/JAI e na Lei 65/2003, aqui transcritas respectivamente:

Art. 4º [...] 6. Se o mandado de detenção europeu tiver sido emitido para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade, quando a pessoa procurada se encontrar no Estado-Membro de execução, for sua nacional ou sua residente e este Estado se comprometa a executar essa pena ou medida de segurança nos termos do seu direito nacional;

⁹ Como ocorre, por exemplo, no âmbito do MERCOSUL com o Mandado MERCOSUL de Captura (MMC), previsto no “Acordo sobre Mandado MERCOSUL de Captura e Procedimentos de Entrega entre os Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados” (MERCOSUL/CMC/DEC. nº 48/10), recentemente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 138/2018.

Art. 12º [...] 1 - A execução do mandado de detenção europeu pode ser recusada quando:

[...]

g) A pessoa procurada se encontrar em território nacional, tiver nacionalidade portuguesa ou residir em Portugal, desde que o mandado de detenção tenha sido emitido para cumprimento de uma pena ou medida de segurança e o Estado Português se comprometa a executar aquela pena ou medida de segurança, de acordo com a lei portuguesa.

Debruçando-se para uma análise detida da disposição expressa na alínea “g” do nº 1 do art. 12º da Lei 65/2003, a primeira questão que avulta é de se saber qual o sentido e alcance dos requisitos objetivos ali descritos. Além disso, também resta investigar se basta única e simplesmente seu preenchimento formal para fundamentar a recusa ou se há a necessidade de verificação de elementos subjetivos, como, por exemplo, o atendimento às finalidades da pena ou o respeito aos preceitos que fundamentam a construção do espaço de justiça, liberdade e segurança na União Europeia.

Os requisitos formais trazidos pela Lei 65/2003 são os de a pessoa procurada: a) encontrar-se em território nacional; ou b) ter nacionalidade portuguesa ou c) ter residência em Portugal. Assim, objetivamente, para a recusa, importa que o procurado seja português ou, não o sendo, tenha residência em Portugal ou esteja em seu território.

A definição do que é território nacional português encontra-se de forma clara na Constituição deste país¹⁰, bem como, embora não se trate propriamente de território, mas, para efeitos penais, o Código Penal e o Código de Processo Penal consideram aplicáveis a lei portuguesa no

¹⁰ Artigo 5.º Ademais: “Do território insular faz parte também o pequeno arquipélago desabitado das Selvagens, o qual, embora podendo ser considerado geograficamente uma entidade insular própria, distinta do arquipélago da Madeira, sempre esteve ligado histórica e politicamente a esta, pelo que nele é corretamente inserido”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 227. Também o mesmo autor, obra e página para saber sobre mais sobre águas territoriais, zona económica exclusiva e fundos marinhos contíguos.

âmbito dos navios e aeronaves portuguesas¹¹, não havendo argumento em contrário para que se afaste a aplicabilidade do art. 12º,1, “g” também aos casos em que o agente esteja nestas situações, não obstante se admita ser de difícil configuração factual.

A qualidade de nacional deve ser analisada à luz do direito interno do Estado de execução, porquanto não estão estabelecidos em convenções os critérios objetivos para determinar a nacionalidade¹². Por sua vez, a pessoa procurada deve comprovar sua condição de nacional no momento da decisão a ser tomada em relação ao MDE, independentemente de o agente à época do crime não possuir a nacionalidade portuguesa. Esta é a orientação seguida na jurisprudência relativamente aos casos de extradição¹³, devendo ser adotada tal linha de interpretação, uma vez que o que está em causa é o procedimento formal do MDE e a decisão dele decorrente, não devendo ser confundido com o procedimento penal que teve curso no Estado de emissão, este sim, eventualmente, deve ter levado em conta o tempo em que ocorreu o fato objeto da sentença.

Relativamente à configuração do requisito da residência, há entendimento de que este só será considerado presente se enquadrado nos termos da Lei nº 37/2006, de 9 de agosto¹⁴, que transpôs para o ordenamento português a Diretiva 2004/38 da Comunidade Europeia¹⁵,

¹¹ Art. 4º, B do CP e art. 20º, 1 e 2, do CPP.

¹² THOUVENIN, Jean-Marc Le principe de non-extradition des nationaux, In S. TOUZE. *La nationalité*, SFDI, Pedone, 2012, p. 133. Além disso, narra o autor que, na Convenção Europeia sobre Extradução, a solução encontrada foi a de os Estados, no momento da assinatura ou depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão, definirem, no que lhes diz respeito, o termo “nacionais”, oportunidade em que a Dinamarca declarou que “nacionais” significa os nacionais da Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia e pessoas domiciliadas nesses países (p. 134 e nota 34).

¹³ A qualidade de nacional é apreciada no momento em que seja tomada a decisão sobre a extradição (art. 32º nº 6 da Lei 144/99). Destarte, importa saber se, neste momento, o Extraditando tem a nacionalidade portuguesa. Tribunal da Relação de Lisboa Processo: 759/11.0YRLSB-3 Relator: Jorge Raposo.

¹⁴ Art. 10º: Este artigo provém do art. 26º da Directiva 2004/38/CE.

¹⁵ Nos casos em que a recusa se possa fundar na residência, deverá considerar-se, em particular, o disposto no artigo 16.º da Directiva 2004/38 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas

existindo decisões no sentido de que, mesmo com a demonstração da residência através de documento hábil, isso não se converte em comprovação suficiente de que o procurado tem a pretensão efetiva de firmar residência permanente de forma a afastar a motivação que fundamenta a emissão do MDE¹⁶.

Entretanto, na mesma orientação do já decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁷, o STJ já entendeu no sentido da desnecessidade de formalismo¹⁸ para a configuração da residência. Isso em razão de a própria lei não exigir grau tão elevado de ligação ao território nacional

famílias no território dos Estados-membros (JOL 143, de 30.4.2004) – artigo 10.º da Lei n.º Lei nº 37/2006, de 9 de Agosto, que procede à transposição da Directiva – os cidadãos da UE adquirem um direito de residência permanente no território do Estado-membro de acolhimento quando nele tenham legalmente residido por um período ininterrupto de 5 anos. (Procuradoria-Geral Distrital - Tribunal Da Relação De Lisboa - Cooperação Judiciária Internacional Em Matéria Penal - Orientações E Notas De Procedimento Do Ministério Público No Tribunal Da Relação).

- ¹⁶ “Por seu lado, ao nível da sua permanência e da sua situação em Portugal, ainda se pode constatar que, admitindo que há alguns anos aqui esteja, só, porém, em 2009, terá requerido o registo de cidadão da União Europeia, nos termos do art.14º da Lei nº.37/2006, de 09.08, o qual, segundo o respectivo regime legal, se destina a cidadãos da União cuja estada no território português se prolongue por período superior a três meses, cuja validade, em concreto, foi fixada até 27.11.2012, presumindo-se, assim, face ao disposto no nº.4 do mesmo preceito legal, que o seja pelo período que preveja para essa residência no País”. Tribunal da Relação de Évora Processo: 118/10.1YREVR Relator: Carlos Berguete Coelho. Data do Acórdão: 19-08-2010.
- ¹⁷ “Daqui resulta que uma exigência administrativa suplementar, como uma autorização de residência por tempo indeterminado na aceção do artigo 21º da Vw, não pode, tratando-se de um cidadão da União, constituir uma condição prévia para a aplicação do motivo de não execução facultativa de um mandado de detenção europeu enunciado no artigo 4º, nº 6, da Decisão-quadro 2002/584”. Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 6 de Outubro de 2009 (apresentado pelo Rechtbank Amsterdam - Países Baixos) - no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu emitido contra Dominic Wolzenburg (Processo C-40/08).
- ¹⁸ “Com efeito, a lei não exige uma ligação ao território nacional da ordem e intensidade pressupostas pelo acórdão do Tribunal da Relação, contentando-se, no seu grau menos exigente, com o facto de a pessoa procurada se encontrar em território português”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1 5ª secção. Relator: Rodrigues da Costa.

como requisito de recusa facultativa em exame, conformando-se com a permanência em Portugal, de menor intensidade.

Compreende-se que, tanto as decisões que entendem pela desnecessidade de maiores formalismos para a configuração da residência, tanto aquelas que, não obstante a prova da residência¹⁹, consideram não ser esta fundamento suficiente para a não-execução do mandado de detenção; corretamente elegem, como linha mestra de sustentação, a busca da verificação das vantagens existentes no cumprimento da pena do procurado no Estado Português e, conseqüentemente, a decisão pela recusa de execução do MDE²⁰.

Não se pode deixar de verificar que o MDE se insere num contexto de instrumentalização do espaço de justiça, liberdade e segurança, e, como tal, deve render-se às finalidades de sua criação, bem assim, observar os fins da imposição da sanção penal e a realização dos efeitos socialmente úteis que pode desencadear²¹.

A partir deste ponto, passa-se a averiguar que, não obstante pareçam estar apenas objetivamente delineados os requisitos para o exercício da recusa da entrega do agente que se encontre em território português

¹⁹ O Tribunal de Justiça da União Europeia também se manifestou sobre o tema: “uma pessoa procurada é «residente» no Estado-Membro de execução quando tiver fixado a sua residência real nesse Estado-Membro e «encontra-se» aí quando, na sequência de uma permanência estável de uma certa duração nesse Estado-Membro, criou laços com esse Estado num grau semelhante aos que resultam da residência; para determinar se entre a pessoa procurada e o Estado-Membro de execução existem laços que permitam considerar que essa pessoa está abrangida pela expressão “se encontrar”, na acepção do referido artigo 4.º, n.º 6, cabe à autoridade judiciária de execução fazer uma apreciação global de vários dos elementos objectivos que caracterizam a situação dessa pessoa, entre os quais, nomeadamente, a duração, a natureza e as condições da sua permanência, bem como os seus laços familiares e económicos com o Estado-Membro de execução. Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 17 de julho de 2008 (pedido de decisão prejudicial do Oberlandesgericht Stuttgart - Alemanha), no processo relativo à execução de um mandado de detenção europeu emitido contra Szymon Kozłowski (Processo C-66/08).

²⁰ Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª secção. Relator: Rodrigues da Costa.

²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 155.

ou ali tenha residência ou seja nacional, esta análise requererá, inegavelmente, a verificação das finalidades da pena, segundo regras formais e dirigido à consecução da paz²². Assim, impende salientar que, para além destes requisitos diretos, são condições da recusa ainda: 1) o mandado de detenção ter por finalidade o cumprimento de uma pena ou medida de segurança; 2) o Estado Português se comprometer a executar a pena, ainda que de acordo com a lei portuguesa, situação esta que será objeto de exame mais adiante.

Ora, o Supremo Tribunal de Justiça, em lapidar acórdão, ao buscar fundamentação teleológica para a não execução do MDE com base na causa de recusa ora em estudo, deixou assente que tal disposição tem forte ressonância com os fins inerentes às sanções penais. Dentre estes, destacadamente, a reinserção social ocupa posição fundamental e de persecução imprescindível, uma vez que a execução da pena ou da medida de segurança no próprio país onde reside ou permanece ou de que é nacional revela evidentemente uma maior adequação à finalidade de reintegração do procurado, além de ser mais benéfica e menos gravosa, sobretudo em decorrência de sua consolidação social, familiar e nacional²³, inclusive como expressamente previsto no art. 40º, 1, do Código Penal português²⁴.

Neste prisma, resta claro que a questão da residência e da permanência deve ser ponderada em conjunto com a perspectiva da reinserção social, do convívio familiar salutar, das circunstâncias de vida que favoreçam o distanciamento da delinquência e da consequente estabilização da vida em sociedade do procurado.

Ao confrontar os requisitos objetivos e subjetivos, percebe-se que o fato de o procurado residir e manter suas circunstâncias de vida ligadas à sociedade portuguesa demonstra que haverá maior eficácia das finalidades da pena se esta for executada nas instituições portuguesas e

²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General, Tomo I. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito. Tradução e notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, 1997. p. 82.

²³ Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa.

²⁴ Art. 40º [...] 1 - A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

de acordo com as diretrizes penais de Portugal, pois é neste Estado que ele deve ser reintegrado à vida social²⁵.

Não é sem razão, ao contrário, que coincide com alguns dos “considerandos” e articulados previstos na DQ2008/909 a premente necessidade de que haja a inafastável perspectiva de reinserção social para que a pena proferida em um Estado-membro possa ser executada em outro, o que poderá ser analisado a partir de elementos tais como a ligação familiar e outros fatores econômico-sócio-culturais²⁶.

2. A FACULTATIVIDADE VINCULADA DA RECUSA DE EXECUÇÃO

Outra questão que deve ser verificada é se o Estado Português teria obrigatoriamente que recusar a execução do MDE se verificadas as circunstâncias objetivas previstas na alínea g do número 1 do art. 12º e se estiverem presentes os elementos que demonstrem que o cumprimento da pena em Portugal seria mais vantajoso para sua reinserção social.

Acerca do assunto, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que, não obstante a Lei 65/2003 falar expressamente em causas facultativas, tal facultatividade se não traduz em exercício discricionário ou arbitrário do Estado Português, senão em decisão necessariamente tomada em conformidade com critérios e vinculações normativos²⁷.

²⁵ Supremo Tribunal de Justiça, Processo 134/09, de 10-09-2009.

²⁶ Considerando (9) A execução da condenação no Estado de execução deverá aumentar a possibilidade de reinserção social da pessoa condenada. Para se certificar de que a execução da condenação pelo Estado de execução contribuirá para facilitar a reinserção social da pessoa condenada, a autoridade competente do Estado de emissão deverá atender a elementos como, por exemplo, a ligação da pessoa ao Estado de execução e o facto de o considerar ou não como o local onde mantém laços familiares, linguísticos, culturais, sociais, económicos ou outros. E ainda: Artigo 3º. Objectivo e âmbito de aplicação 1. A presente decisão-quadro tem por objectivo estabelecer as regras segundo as quais um Estado-Membro, tendo em vista facilitar a reinserção social da pessoa condenada, reconhece uma sentença e executa a condenação imposta.

²⁷ Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10.3YREVR.S1. Convencional: 5ª Secção. Relator: Isabel Pais Martins.

De fato, compreende-se que este seja o sentido correto de se referir à “faculdade vinculada”²⁸, atendendo-se a dois prismas: o primeiro é o que se verifica na relação entre o Estado Português e o Estado-membro de emissão, pois, mesmo havendo previsão de recusa facultativa à execução da entrega, esta não pode se dar de forma aleatória ou arbitrária²⁹, uma vez que este instrumento jurídico foi inserido através do Programa aplicação do princípio do reconhecimento mútuo dos processos penais³⁰, convertido em pedra angular da cooperação judiciária, conforme o Conselho da União Europeia, sendo o MDE o primeiro mecanismo jurídico que concretiza o citado princípio no domínio do direito penal.

Portanto, em sendo o MDE um instrumento das autoridades nacionais para combater o fenômeno criminal transnacional justamente nos locais onde sua jurisdição e competências se tornam exíguas³¹, a recusa de cumprimento só deve se dar com fundamento reconhecidamente

²⁸ Em sentido diverso da vinculação, mas se referindo à necessidade de convicção motivada do juízo: “uma vez que as causas de recusa facultativa não vinculam a autoridade judiciária de execução a não proceder à detenção e entrega, antes lhe conferem uma *potestas decidendi* dentro da liberdade e independência de convicção e de decisão que lhe é comumente reconhecida” Tribunal da Relação de Lisboa Processo: 1412/10.7YRLSB-5. Relator: Alda Tomé Casimiro. Data do Acórdão: 25-01-2011.

²⁹ O que não pode nem deve é tratar-se de um acto arbitrário, caprichoso ou meramente voluntarista, capaz de pôr em causa os são princípios de cooperação internacional a que a Lei quis dar corpo. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 76/10.2YRLSB.S1. 3ª Secção. Relator: Santos Cabral. Data do Acórdão: 25-03-2010. E ainda: “a recusa facultativa não pode ser concebida como um acto gratuito ou arbitrário do tribunal. Há-de assentar em argumentos e elementos de facto adicionais aportados ao processo e susceptíveis de adequada ponderação, nomeadamente factos invocados pelos interessados, que, devidamente equacionados, levem a dar justificada prevalência ao processo nacional sobre o do Estado requerente”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 07P2178 N° Convencional: JSTJ000. Relator: Pereira Madeira. N° do Documento: SJ200706060021785. Data do Acórdão: 06-06-2007.

³⁰ FREISS, Kintxo. Les Incertitudes Relatives au Mandat d'Arrêt Européen à la Lumière de l’Affaire Aurore Martin. *Revue québécoise de droit international*, n. 28.1, 2015. p. 54.

³¹ AGUIAR BRANCO, José Pedro. *Liberdade de circulação e circulação de liberdade – Inclusão, diversidade e criminalidade na União Europeia*. p. 19. Disponível em: <<https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000021001-000022000/000021543.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

relevante³², apto a afastar a ideia de circulação livre das decisões judiciais no espaço europeu comum³³.

O segundo prisma a ser considerado diz respeito ao nexos subjetivo existente entre a pessoa procurada e o Estado Português, no qual se encontra, do qual é nacional ou possui residência³⁴, que, assente nos direitos, liberdade e garantias que vivencia, faz jus a uma decisão fundamentada do magistrado, ou seja, de que o juiz deve se basear nas normas e nos fatos juridicamente comprovados nos autos, dando a estes a valoração razoável e proporcional que se espera em qualquer decisão judicial³⁵.

Verifique-se que o MDE se consubstancia, ao contrário da extradição, em um procedimento inteiramente judicializado e juridicizado³⁶:

³² “A recusa facultativa regulada no artigo 12.º tem de assentar em motivos ponderosos, ligados fundamentalmente às razões que subjazem, por um lado, ao interesse do Estado que solicita a entrega do cidadão de outro país para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de pena ou de medida de segurança privativa da liberdade, por outro, ao interesse do Estado a quem o pedido é dirigido em consentir ou não na entrega de um nacional seu”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P782. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Silva Flor. Nº do Documento: SJ20060315007823. Data do Acórdão: 15-03-2006.

³³ ROSA PAIS, Ana Isabel. A Ausência de Controlo da Dupla Incriminação no Âmbito da Decisão-quadro Relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de Maio de 2007. *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 98 Ad Honorem – 5.2009. p. 810.

³⁴ Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10.3YREVR.S1. Convencional: 5ª Secção. Relator: Isabel Pais Martins.

³⁵ “[...] perante a ausência no regime legal do MDE de critérios gerais ou específicos quanto às condições de exercício da facultade de recusa de execução e porque a recusa facultativa não pode traduzir-se num acto gratuito ou arbitrário do tribunal, impõe-se um juízo de ponderação da tutela dos interesses juridicamente protegidos, averiguando-se se os argumentos de facto invocados pelo interessado são adequados e susceptíveis de justificar a prevalência do processo nacional sobre o Estado requerente”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p.191.

³⁶ “Juridicizado porque não há qualquer juízo de oportunidade política na decisão. Judicializado porque a cooperação se faz directamente entre as autoridades judiciais dos Estados-Membros, sem qualquer intervenção do poder executivo”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P4352. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Maia Costa.

no primeiro sentido, porque fora afastada a intervenção de autoridades administrativas, dando-se o procedimento apenas entre as autoridades judiciárias³⁷; no segundo, porque a decisão tomada é puramente jurisdicional³⁸, não cabendo, portanto, juízo de conveniência e oportunidade³⁹, próprios do ato administrativo⁴⁰.

Não é despidiendo destacar que tal procedimento juridicizado e judicializado tem com consequências, ainda, a simplificação⁴¹

³⁷ “Tal procedimento é baseado em um modelo “harmonizado” de decisões judiciais, fundamentadas na confiança depositada em cada um dos diferentes sistemas jurídicos e judiciários, que podem ser emitidas por qualquer juiz ou tribunal com competência penal de um Estado-membro”. SOLTOSKI JUNIOR, Mario Elias. O Controlo da Dupla Incriminação e o Mandado de Detenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, n. 16, 2006. p. 485-486.

³⁸ “The decision whether or not to execute the warrant and to grant surrender corresponds exclusively to the judiciary”. GARCÍA-MALTRÁS, Elsa. Judicial cooperation in criminal matters and fight against terrorism: the Council Framework Decisions on combating terrorism and the European Arrest Warrant. *Revista do Centro de Informação Europeia Jacques Delors*, Lisboa, n. 16/17 - dez./jun. 2005. p. 160.

³⁹ “Fixando a lei causa de recusa deixada à faculdade do Estado de execução, o plano da lei só se completaria com o estabelecimento de critérios que permitam integrar a função da norma, com base em princípio que se não remetam a discricionariedade ou oportunidade simples sem suporte”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 08P3709. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Henriques Gaspar. Data do Acórdão: 12-11-2008.

⁴⁰ “Da cooperação entre Estados com uma componente diplomática, que não prescindia da abordagem do caso também em termos políticos, passou-se para uma cooperação directa entre autoridades judiciárias assente apenas na realização da justiça”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 89/11.7 YR-CBR.S1. 5ª Secção. Relator: Souto de Moura.

⁴¹ “Uma dessas formas de simplificação é a livre circulação de decisões judiciais, num espaço onde já havia sido implantada a livre circulação de pessoas e bens”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

e celeridade⁴²; e a ampliação das garantias processuais penais dos procurados⁴³.

3. O COMPROMISSO DO ESTADO PORTUGUÊS EM EXECUTAR A PENA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Um outro ponto que se deve destacar nesta hipótese de não -execução do MDE, é o de se saber se existe uma ordem de exame nos requisitos da recusa de execução já vistos anteriormente, nacionalidade ou residência ou a localização do procurado em território português, os benefícios da execução da pena nas instituições nacionais portuguesas, e o compromisso de execução da pena por parte de Portugal.

Neste tocante, a jurisprudência portuguesa, até algum tempo atrás, iniciava o exame especificamente desta hipótese facultativa de recusa pela verificação da existência no processo de prova de que o Estado Português (i) se comprometeu a executar a pena em causa; ou (ii) se deva comprometer a tal; ou (iii) se já iniciou o procedimento conducente a tal compromisso⁴⁴. O compromisso ou, pelo menos, a expectativa de este ser prestado pelo Estado Português constituía-se em questão prévia à análise dos demais requisitos objetivos e subjetivos.

⁴² RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção Europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 1. 2003. p. 35; ROSA PAIS, Ana Isabel. A Ausência de Controlo da Dupla Incriminação no Âmbito da Decisão-quadro Relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de Maio de 2007. *Boletim da Faculdade de Direito*, Stvdia Iuridica 98 Ad Honorem – 5.2009. p. 804; SOLTOSKI JUNIOR, Mario Elias. O Controlo da Dupla Incriminação e o Mandado de Detenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, n. 16, 2006. p. 485.

⁴³ RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção Europeu. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 13, n. 1, 2003. p. 36; SOLTOSKI JUNIOR, Mario Elias. O Controlo da Dupla Incriminação e o Mandado de Detenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, n. 16, 2006. p. 486.

⁴⁴ “Nestas circunstâncias, para que possa funcionar o mecanismo de recusa de execução é necessário que resulte dos autos que o Estado Português se comprometeu a executar a pena em causa; ou que o Estado Português se deva comprometer a tal; ou se já iniciou o procedimento conducente a tal compromisso; e ainda que a pessoa procurada aceite cumprir a pena em Portugal”. Tribunal da Relação de Évora. Processo: 955/07-1. Relator: António Pires Robalo. Data do Acórdão: 15-05-2007.

Assim, se não constasse nos autos do MDE o compromisso de executar a pena em Portugal, os Tribunais sequer passavam ao exame das questões da nacionalidade, residência ou permanência em solo português, muito menos verificavam a reinserção social como elemento teleológico da causa de recusa.

Anteriormente, ainda, algumas decisões atrelavam o compromisso do Estado Português à necessária e antecedente revisão e confirmação da sentença estrangeira, convertendo-se este procedimento em elemento preliminar para que o Estado Português pudesse se comprometer a executar a medida restritiva de liberdade prevista no Mandado de Detenção emitido por outro Estado-membro.

Ora, para que pudesse então se opor à execução do MDE com base na existência da causa de recusa da alínea “g” do n° 1 do Art. 12 da Lei 65/2003, com fundamento no art. 21, n° 2, da DQ 2002/584/JAI, o procurado teria que antecipadamente ajuizar a ação de revisão e confirmação da sentença condenatória que teve contra si exarada no Estado-membro de emissão, para que, ao tempo em que fosse emitido o MDE, já tivesse pelo menos iniciado o procedimento que visasse obter o citado compromisso por parte de Portugal. Havia, ainda, a dúvida acerca de quem seria a autoridade ou órgão, ou Poder com competência/atribuição para realizar este compromisso em nome do Estado Português.

Segundo a pesquisa e os resultados encontrados, não foram estas as orientações que prevaleceram nos Tribunais portugueses, especialmente no Supremo Tribunal de Justiça.

Atenta a já referida jurisdicionalização do procedimento do MDE, a jurisprudência passou a interpretar a alínea “g, do n° 1 do art. 12° no sentido de que, ao estabelecer a competência do Tribunal da Relação para o processo judicial de execução do mandado de detenção europeu⁴⁵, também a este deferiu a competência para comprometer (ou não) o Estado na execução da sentença em Portugal⁴⁶.

⁴⁵ Lei 65/2003, artigo 15°.

⁴⁶ “A recusa do MDE, nos termos da citada al. g), só pode legitimar-se na vontade clara e prontamente expressa pelo Estado Português em ele próprio, promover a execução da pena (ou medida de segurança). Se o tribunal português recusa a execução do MDE tem de imediatamente ordenar o cumprimento da pena”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P4352. N° Convencional:

Neste diapasão, a orientação do Supremo Tribunal caminhou para o entendimento de que não existe qualquer outra entidade e nem há concorrência de competências de outras entidades do Estado que realize intervenção prévia, condicionante ou acessória. A lei que transpôs o regime jurídico do MDE para o ordenamento português é clara e precisa ao cometer a competência para a execução do procedimento ao Tribunal da Relação, tendo a referida lei fixado a natureza deste procedimento como inteiramente jurisdicional⁴⁷.

Portanto é o Tribunal da Relação da área do domicílio do procurado ou de onde este se encontrava à data da emissão do MDE o competente para a execução do mandado, e, se entender que presente está a causa de recusa de execução referida, deve, na mesma sentença⁴⁸ que

JSTJ000. Relator: Maia Costa. N° do Documento: SJ200611230043525. Data do Acórdão: 23-11-2006. Neste sentido: “V - Nestes casos de recusa de execução do MDE, o Tribunal da Relação é a entidade do Estado Português que tem de assegurar, perante a entidade emissora (como corresponsável da não entrega do condenado), o cumprimento da pena em Portugal”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 117/12.9YREVR.S1. N° Convencional: 5ª Secção. Relator: Souto de Moura. Data do Acórdão: 29-11-2012. E, ainda: “*in casu*, o Tribunal da Relação ao suspender a entrega do requerente tendo em vista a execução da pena em Portugal já assumiu, ao menos de forma implícita, o compromisso previsto na al. g) do n.º 1 do art. 12.º da Lei 65/03, de 23-08, ou seja, o de executar a pena na qual aquele foi condenado”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo n° 250/07. 3ª Secção. Relator: Oliveira Mendes. Data do Acórdão: 21-02-2007.

⁴⁷ “XX - A competência para decidir se está verificada uma causa de recusa de execução pertence ao tribunal, uma vez que o regime do mandado detenção europeu está inteiramente jurisdicionalizado, não estando prevista qualquer intervenção ou competência prévia, condicionante ou acessória de qualquer outra entidade XXI - Por isso, no caso da al. g) do n.º 1 do art. 12.º da Lei 65/2003, de 23-08, o tribunal é o órgão do Estado competente para determinar a execução da pena em Portugal como condição de recusa facultativa de execução; a competência no regime do mandado cabe aos órgãos que forem competentes segundo a lei interna, e a lei sobre a execução do mandado fixou a natureza inteiramente jurisdicional do respectivo regime, sem a concorrência de competências de outras entidades do Estado”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 134/09, de 10-09-2009. Neste sentido: Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10.3YREVR.S1. 5ª Secção. Relator: Isabel Pais Partins. Data do Acórdão: 27-05-2010.

⁴⁸ 3 - O “compromisso” de Portugal como Estado da execução está, assim, contido na própria decisão que recusar a execução do mandado com fundamento na alínea g) do n° 1 do artigo 12° da Lei n° 65/2003, de 23 de agosto, e

exerce esta faculdade, comprometer o Estado Português a executar a pena⁴⁹, se for o caso.

Este entendimento restou plasmado expressamente na Lei 65/2003, com a alteração operada pela Lei 35/2015, que acrescentou o n.º 3 ao art. 12.º, determinando que a recusa depende de decisão do tribunal da relação, no processo de execução do mandado de detenção europeu, a requerimento do Ministério Público, que declare a sentença exequível em Portugal, confirmando a pena aplicada⁵⁰.

que, por ter recusado a execução, determine, como deve determinar, o cumprimento (a “execução”) da pena de acordo com a lei portuguesa. Tribunal da Relação de Évora. Processo: 134/09.6YREVR. Relator: Martinho Cardoso. Data do Acórdão: 25-02-2010. Neste sentido: “Compete, pois, ao Estado Português (...) formular a recusa de entrega, comprometendo-se ao mesmo tempo a dar execução no território nacional à pena ou medida de segurança que são objecto do mandado de detenção europeu”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5.ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013. E ainda: “XXIII - No fundo de reserva de soberania, a al. g) do n.º 1 do referido art. 12.º, concede ao Estado da execução a faculdade de recusar a execução no caso de mandado para cumprimento de uma pena, desde que, face à ligação da pessoa procurada, sendo seu nacional, este Estado se comprometa a executar a pena”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10.3YREVR.S2. 3.ª Secção. Relator: Pires da Graça. Data do Acórdão: 13-04-2011.

⁴⁹ Como é bom de ver, emitido que seja pelo Estado um mandado de detenção e enviado o mesmo ao Estado da execução, uma de duas situações se lhe colocam: ou executa o mandado e vem a deter e a enviar ao Estado emitente a pessoa detida para aí cumprir a pena de prisão imposta por sentença; ou recusa a sua execução e tem de promover, de pronto, o cumprimento da pena por um tribunal competente para o efeito. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora n.º 27/12.OYREVR. de 20-03-2012. Neste sentido: “Se o tribunal português recusa a execução do MDE tem de imediatamente ordenar o cumprimento da pena pelo tribunal competente para o efeito”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P4352. N.º Convencional: JSTJ000 Relator: Maia Costa. N.º do Documento: SJ200611230043525. Data do Acórdão: 23-11-2006. Exemplo: “Recusar a entrega do requerido pelo mandado de detenção europeu emitido pelo Tribunal de Aplicação dos Castigos de Metz para cumprimento do remanescente da pena aplicada (MDE com a referência n.º 200600146511), mas garantir que o Estado português se compromete a fazer cumprir essa pena em Portugal”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 325/09.0TRPRT.S1. 5.ª Secção. Relator: Santos Carvalho. Data do Acórdão: 11-26-2009.

⁵⁰ “No que respeita à recusa de execução de um MDE, baseado na causa facultativa prevista no artigo 12.º, n.º 1, alínea g) e n.º 3 e 4, da Lei n.º 65/2003, (alterada pela Lei n.º 35/2015, de 04/05), encontrando-se reunidas as respectivas

Ademais, havia a dúvida se, antes mesmo de se proceder à análise dos requisitos da causa de recusa de cumprimento do MDE, deveriam os Tribunais, como condição prévia, fazer a sentença estrangeira passar⁵¹ ou não⁵²

condições, como seja o arguido, encontrar-se em território nacional, ter nacionalidade portuguesa, residir em Portugal, sendo que o MDE foi emitido para cumprimento de uma pena de prisão e o Estado Português se compromete a executá-la, de acordo com a lei portuguesa, aqui se reconhecendo a sentença bem como a pena aplicada no Estado emissor nos termos do art.º 4.º da Decisão Quadro 2008/909/JAI do Conselho de 27 de Novembro (Lei n.º 158/2015, de 17 de setembro que aprovou o regime jurídico da transmissão e execução de sentenças em matéria penal que imponham penas de prisão ou outras medidas privativas da liberdade, para efeitos da execução dessas sentenças na União Europeia, bem como o regime jurídico da transmissão e execução de sentenças e de decisões relativas à liberdade condicional para efeitos da fiscalização das medidas de vigilância e das sanções alternativas, transpondo as Decisões-Quadro 2008/909/JAI, do Conselho, e 2008/947/JAI, do Conselho, ambas de 27 de novembro de 2008), deverá considerar-se, que a mesma é executável em Portugal nos termos dos artigos 12.º n.º 1 al. g) e n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 65/2003, e artigos 13.º n.º 1 e 2 e 26.º, alínea a), da Lei n.º 158/2015, por observar todos os requisitos legais para o efeito, devendo o arguido cumprir a pena de prisão no estado de execução”. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo: 1711/16. Relator: Filipa Costa Lourenço. Data do Acórdão: 15-12-2016.

⁵¹ “XIII - Só pelo mecanismo de revisão e confirmação de sentença estrangeira é possível o compromisso de execução, nos termos dos arts. 95.º a 103.º da Lei 144/99, de 31-08 - cf. Ac. da Relação Coimbra de 07-02-2007, CJ, Ano XXXII, tomo 1, pág. 55”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 07P4856. N.º Convencional: JSTJ000. Relator: Armindo Monteiro. N.º do Documento: SJ20080109048563. Data do Acórdão: 09-01-2008.

⁵² “Uma sentença comunitária não é uma “sentença estrangeira” para os efeitos do incidente previsto nos artigos 234.o a 240.o do Código de Processo Penal e 1.098.o do Código de Processo Civil.2 – No caso de transferência de condenado por sentença comunitária para cumprimento de pena em Portugal de cidadão residente em Portugal, não há que fazer uso do incidente de “revisão e confirmação de sentença estrangeira”, sim de utilizar o “processo de transmissão de sentença e da certidão”, conforme resulta da letra da Decisão-Quadro no 2008/909/JAI, de 27-11-2008, designadamente do seu artigo 4.o, n.o 5, não se exigindo um qualquer e específico procedimento, mas sim o de um mero incidente a conhecer em conferência. Não obstante tal Decisão-Quadro não se encontrar transposta para a ordem jurídica interna, uma interpretação “comunitariamente orientada”, na sequência da jurisprudência estabelecida pelo acórdão Pupino do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Processo C-105/03, de 16-06-2005), cria para as autoridades nacionais uma obrigação de interpretação conforme do direito nacional, determinando que, ao aplicar o direito interno, o órgão judicial encarregue da sua interpretação é obrigado a fazê-lo, tanto quanto possível, à luz do texto e das finalidades da

pelo mecanismo de revisão e confirmação⁵³, procedimento previsto na Lei 14/99 e no Código de Processo Penal português, como requisito para que a sentença do Estado de Emissão fosse executável. Esta questão foi definitivamente resolvida com a inclusão do n.º 4 ao art. 12.º, determinando que a decisão que declara exequível a sentença é incluída na decisão de recusa de execução, sendo-lhe aplicável, com as devidas adaptações, o regime relativo à revisão e confirmação de sentenças condenatórias estrangeiras.

Caminhou em sentido correto a jurisprudência ao assentar que este compromisso é unilateral⁵⁴, ou seja, o Estado-membro de execução, no exercício desta recusa facultativa de execução do MDE, não necessita de consentimento, concordância ou mesmo comunicação prévia ao Estado-membro de Emissão, senão a comunicação mesma da decisão do Tribunal pela recusa da entrega da pessoa procurada e o compromisso de que irá executar a pena imposta⁵⁵.

Observe-se que o fato de a decisão ser ato unilateral e potestativo não retira do Estado-membro de execução a sua responsabilidade

decisão-quadro, a fim de atingir o objectivo visado por esta última”. Tribunal da Relação de Évora. Relator: João Gomes de Sousa. Processo de Revisão de Sentença ESTRANGEIRA n.º 105/11.2YREVR.E1. Data do Acórdão: 20-09-2011.

⁵³ “XIII - Só pelo mecanismo de revisão e confirmação de sentença estrangeira é possível o compromisso de execução, nos termos dos arts. 95.º a 103.º da Lei 144/99, de 31-08 - cf. Ac. da Relação Coimbra de 07-02-2007, CJ, Ano XXXII, tomo 1, pág. 55”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 07P4856. N.º Convencional: JSTJ000. Relator: Armindo Monteiro. N.º do Documento: SJ20080109048563. Data do Acórdão: 09-01-2008.

⁵⁴ “O único compromisso é unilateral e dir-se-á potestativo, e consiste na execução da pena aplicada em lugar da entrega da pessoa procurada”. Tribunal da Relação de Évora. Processo: 955/07-1. Relator: Antonio Pires Robalo. Data do Acórdão: 15-05-2007.

⁵⁵ “Não existe qualquer bilateralidade nesta posição. A recusa tem na sua própria lógica semântica uma ideia de não aceitação unilateral. Apenas se exige que o Estado Português se comprometa, nesse caso, a dar ele próprio execução ao fim que determinou a emissão do mandado. Mas, como se assinala no acórdão deste Tribunal atrás referido, de 27-04-2006, mesmo este compromisso é unilateral, não dependendo de qualquer posição compromissória prévia que envolva ambos os Estados (o emitente e o de execução), consistindo apenas na execução da pena ou medida de segurança aplicadas, em vez da entrega da pessoa procurada, decidida somente pelo Estado de execução, no exercício da referida faculdade”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

comunitária na construção do espaço de justiça, liberdade e segurança, concretizando esta responsabilidade justamente neste compromisso de executar a pena, impedindo a impunidade do agente já condenado⁵⁶, como forma de conjugação do binômio espaço único e soberania estadual⁵⁷, salvaguardando a ideia de cooperação judiciária penal no âmbito da União.

Também se chegou a questionar se, para a correta aplicação da recusa em estudo, seria necessário não apenas o compromisso do Estado Português em executar a sentença do Estado de emissão, mas que este efetivamente prestasse previamente o compromisso de reconhecer o cumprimento da pena em Portugal para fins de extinção da responsabilidade penal⁵⁸.

⁵⁶ “XXIV - A decisão é, assim, deixada inteiramente ao critério do Estado da execução, que satisfará as suas vinculações europeias executando a pena aplicada a um seu nacional ou a pessoa que tenha residência nesse Estado, em lugar de dar execução ao mandado entregando a pessoa procurada ao Estado da emissão para execução da pena nesse Estado”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 53/10. Relator: Pires da Graça. Data do Acórdão: 13-04-2011. Neste sentido: Tribunal da Relação de Évora. Processo: 955/07-1. Relator: Antonio Pires Robalo. Data do Acórdão: 15-05-2007.

⁵⁷ “No caso do art. 12.º, a recusa é facultativa (dupla incriminação fora dos casos do catálogo constante do art. 2.º, n.º 2, competência para o procedimento do Estado português, nacionalidade portuguesa da pessoa procurada ou encontrar-se esta em território nacional ou tiver neste a sua residência), tendo mais a ver com um princípio da soberania penal, relevando de «compromissos assumidos no âmbito da União e dos consensos possíveis na conjugação do binómio espaço único e soberania estadual», no dizer do primeiro dos acórdãos citados. (...) uma ideia de cooperação, traduzida a dois níveis: no reconhecimento colaborante da reserva de soberania do Estado de execução e no compromisso assumido, ainda que unilateralmente, de este executar a pena ou medida de segurança imposta pelo Estado emitente”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

⁵⁸ Daí que, uma vez que os presentes autos baixem ao Tribunal da Relação de Évora, deverá proceder-se, antes do mais, à notificação da autoridade judiciária de emissão, nos termos do art. 28.º da Lei 65/2003 de 23 de agosto. Providenciar-se-á ainda pela obtenção urgente, junto da autoridade de emissão, dos elementos sem os quais se não poderá iniciar o cumprimento da pena. O que incluirá a certidão da sentença condenatória com nota de trânsito em julgado, a indicação do tempo de cumprimento de pena ou prisão preventiva sofridos à ordem do processo, nos termos do art. 99.º n.º 2 da Lei 144/99 de 31 de agosto, e ainda a declaração de que uma vez cumprida a pena em Portugal, a Autoridade Judiciária romena considerará extinta a responsabilidade penal do condenado, garantia a pedir ao abrigo do art. 96.º, n.º 1, al. h), da Lei 144/99, de 31 de agosto. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 117/12.9YREVR.S1. 5ª Secção. Relator: Souto de Moura. Data do Acórdão: 29-11-2012.

Prevalece o posicionamento de ser desnecessário o compromisso do Estado-membro de emissão, seja para a análise dos requisitos que fundamentam a causa de recusa de execução do MDE, seja para, após a verificação da presença dos elementos da causa de não execução, dar início ao cumprimento da pena em Portugal, nos termos da lei portuguesa, de forma acertada, uma vez que o reconhecimento da execução e a consequente extinção da responsabilidade criminal do agente se encontram insertos na ideia de reciprocidade e confiança nas relações comunitárias, com fundamento na confiança recíproca surgida de um sentimento de pertença a este conceito civilizacional europeu⁵⁹, reinando uma presunção de que o Estado-membro de emissão acatou previamente a decisão de que a condenação da pessoa procurada vai ser cumprida satisfatoriamente, embora nos termos da lei do Estado da execução⁶⁰.

⁵⁹ ROSA PAIS, Ana Isabel. A Ausência de Controlo da Dupla Incriminação no Âmbito da Decisão-quadro Relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de Maio de 2007. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, *Stvdia Iuridica* 98 Ad Honorem – 5. 2009. p. 811.

⁶⁰ “O compromisso que tem de existir é apenas do Estado Português, como Estado da execução, no sentido de fazer executar a pena aplicada pelo Estado da emissão. Não há que obter qualquer garantia prévia por parte deste último no sentido de que considerará extinta a responsabilidade criminal com o cumprimento da pena no Estado Português (...) a cooperação judiciária internacional em matéria penal, pressupõe a confiança mútua entre os Estados da União, o respeito, na base da igualdade, pelos respectivos sistemas jurídicos e pelas decisões tomadas no âmbito da específica cooperação judiciária entre os Estados-membros. De resto, nesse reconhecimento mútuo, vai implicado o respeito dos diversos Estados da União pela afirmação, ainda que limitada a um mínimo, do princípio de soberania nacional de que o art. 12.º é expressão, traduzido nomeadamente na recusa da entrega da pessoa procurada por razões que têm a ver com a ligação dessa pessoa ao território do Estado da execução. Tal respeito, reciprocidade e confiança incutem, por seu turno, no Estado da emissão, o pleno acatamento da decisão de não entrega, com o pré-assumido recuo da sua soberania, sabendo que a sua decisão de condenação da pessoa procurada vai ser cumprida satisfatoriamente, embora nos termos da lei do Estado da execução. Para tanto basta a notificação da decisão de não entrega por parte deste Estado, prevista no art. 28.º da Lei n.º 65/2003, com a solicitação dirigida ao Estado da emissão no sentido de enviar os elementos necessários à execução da pena aplicada à pessoa procurada e no sentido de considerar extinta toda a responsabilidade criminal relativamente àquela pessoa, pelo facto que deu origem à condenação”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

⁶¹ Interessante salientar que, não obstante difira substancialmente do regimento do MDE, neste ponto, o Mandado Mercosul de Captura também prevê

Ressalte-se que há críticas ao MDE em razão de não existir um “mandado de entrega” genuinamente europeu, por não ser este emitido por uma autoridade judiciária “europeia”, pelo simples fato de não haver, verdadeiramente, um sistema penal comunitário no atual estado de desenvolvimento da União Europeia⁶². Aliás, em alguns países, como a Itália, por exemplo, há possibilidade de o mandado ser emitido não por um magistrado, mas pelo membro do Ministério Público⁶³. Em outros, a legislação atribui a execução a órgãos com atribuições conflitantes, como é o caso da Croácia, cuja Procuradoria do Estado se encontra numa posição difícil entre o dever de proteger a Constituição e as leis croatas e o dever secundário de proteger os interesses do Estado emissor⁶⁴. É neste sentido que se parece necessária uma maior harmonização entre os ordenamentos jurídicos ou, ainda, a aprovação de um Código Penal Europeu mínimo⁶⁵.

Por outro lado, há se analisar se a decantada simplificação dos procedimentos de detenção e entrega da pessoa procurada não se dá às custas de sacrifício de princípios jurídicos nacionais preexistentes que eram assegurados pela natureza protetora da extradição⁶⁶.

que, na hipótese de recusa facultativa de cumprimento em razão de nacionalidade do procurado por ausência de reciprocidade, a Parte que denegar a entrega deverá, a pedido da Parte emissora, julgar a pessoa reclamada e manter a outra Parte informada acerca do julgamento (art. 4º, nº 1, a do MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 48/10).

⁶² CARINI, Camillo. L'Introduzione del Mandato d'Arresto Europeo in Italia e la Tutela del Diritti Individuali: a Proposito delle Disposizioni Intriduttive della Legge Italiana di Attuazione della Decisione Quadro 2002/584/GAI. *Dereito*, v. 18, n. 1: 2009. p. 35.

⁶³ Art. 28, 1. “b”, da Lei de 22 de abril de 2005, n. 69, conforme CARINI, Camillo. L'Introduzione del Mandato d'Arresto Europeo in Italia e la Tutela del Diritti Individuali: a Proposito delle Disposizioni Intriduttive dela Legge Italiana di Attuazione della Decisione Quadro 2002/584/GAI. *Dereito*, v. 18, n. 1: p. 33-85, 2009.

⁶⁴ SOKOL., Tomislav. Implementation of European Arrest Warrant in Croatia: A Risk for the Functioning of Judicial Cooperation in Criminal Matters in the EU? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 23, 2015. p. 280. 10.1163/15718174-23032071.

⁶⁵ FREISS, Kintxo. Les Incertitudes Relatives au Mandat d'Arrêt Européen à la Lumière de l'Affaire Aurore Martin. *Revue québécoise de droit international*, n. 28.1, 2015. p. 65.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 57.

As disposições da DQ2002/584 e as leis nacionais de transposição revelaram a existência de muitas lacunas graves que podem ampliar ao invés de eliminar as potenciais controvérsias, especialmente em relação à nacionalidade⁶⁷. Ademais, alguns Estados membros não puderam fazer reservas e recusas no momento da adoção da DQ2002/584 por ter tardiamente a ela aderido, o que gerou desigualdade de tratamento e, conseqüentemente, problemas estruturais e conflitos na aplicação do instituto⁶⁸.

4. ADAPTAÇÃO DA PENA À LEI PORTUGUESA

Ultrapassadas as questões anteriores, quais sejam, a de que o Tribunal da Relação do domicílio do procurado ou do último lugar onde o mesmo foi encontrado é o órgão do Estado português com a competência firmada pela Lei 65/2003 para analisar os elementos objetivos e teleológicos da causa de recusa, e, ao exercê-la, também é o competente para comprometer Portugal na execução da pena fixada pelo Estado-membro de emissão, na mesma decisão, sem necessidade do procedimento de revisão e confirmação da sentença estrangeira, bastando para tal a transmissão da sentença e da certidão, nos termos da Decisão-quadro 2008/909/JAI; passa-se à questão de saber de que forma se dá a adaptação da pena exarada no estrangeiro à lei portuguesa.

A parte final do comando escrito na alínea g do número 1 do art. 12º da Lei 65/2003, prevê que o Estado Português, em caso de recusar a entrega do nacional ou do residente que se encontre em seu território, tem o poder de, ao firmar o compromisso de execução da pena, fazê-la cumprir de acordo com a lei portuguesa. Esclarecendo que, ao explicitar que pretende realizar o cumprimento da pena através de seus órgãos

⁶⁷ DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna; BLEKXTOON, Rob. The Decline of the Nationality Exception in European Extradition? The Impact of the Regulation of (Non-)Surrender of Nationals and Dual Criminality under the European Arrest Warrant. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 13/3. p. 361.

⁶⁸ SOKOL., Tomislav. Implementation of European Arrest Warrant in Croatia: A Risk for the Functioning of Judicial Cooperation in Criminal Matters in the EU? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 23, 2015. p. 279-280.

jurisdicionais internos ao invés de entregar o procurado, Portugal pode (e deve) realizar este cumprimento com a estrita observância das leis portuguesas aplicáveis à hipótese.

Não poderia ser diferente, em respeito aos princípios constitucionais que regem o Estado Português, em face dos direitos do próprio condenado, que tem assegurados seu *status* de proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, nomeadamente em razão da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, refere a jurisprudência que esta adaptação da pena estrangeira às disposições legislativas pátrias (*latu sensu* – constitucionais, infralegais etc.) faz alusão a uma reserva de soberania⁶⁹ do Estado-membro de execução.

Entretanto, deve-se ter em mente que a regra geral é a imutabilidade da sentença proferida no Estado-membro de emissão⁷⁰, como forma de solidificação do almejado espaço de livre circulação das sentenças

⁶⁹ “O Estado da execução deve aceitar a condenação nos seus precisos termos, mas tem o direito de executar a pena ou a medida de segurança de acordo com a lei nacional. É uma reserva de soberania quanto à execução. É isso e apenas isso que estabelece a parte final do preceito”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 325/09.0TRPRT.S1. 5ª Secção. Relator: Santos Carvalho. Data do Acórdão: 11/26/2009. Neste sentido: “as relações entre os Estados que actualmente são membros da União Europeia, alicerçando se tais relações, actualmente e, desde logo no plano judiciário, numa base de confiança e de cooperação, com cedências mínimas e indispensáveis ao princípio da soberania dos Estados. Uma dessas cedências é a que está corporizada na assinalada alínea g) do art. 12.º da Lei n.º 65/2003, da qual não está ausente, de todo, uma ideia de cooperação”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 753/13.6YRLSB.S1. 5ª Secção. Relator: Rodrigues da Costa. Data do Acórdão: 21-11-2013.

⁷⁰ “O Estado da execução fica vinculado pela natureza jurídica e pela duração da sanção, tal como resultam da condenação”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT.S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça. Neste sentido: “o MDE, enquanto instrumento de cooperação judiciária entre autoridades judiciárias dos Estados membros da União Europeia, que visa a detenção e entrega por um Estado membro de uma pessoa procurada por outro Estado membro, que emite o mandado, para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade, tem por base o princípio do reconhecimento mútuo, o mesmo é dizer, a decisão judicial tomada por uma autoridade judiciária de um Estado membro com base nas suas leis internas é reconhecida e executada pela autoridade judiciária do outro Estado membro, impondo-se a condenação nos precisos termos em que foi proferida”. Tribunal da Relação de Guimarães. Processo: 26/11.9YRGMR. Relator: Luísa Arantes.

penais e do reconhecimento mútuo, ou seja, o reconhecimento de que as decisões proferidas por uma autoridade judiciária de um Estado-membro da União Europeia tenha efeito pleno e direto dentro do espaço único europeu de justiça, segurança e liberdade⁷¹, por estarem fundadas numa ambiência de princípios comuns, onde os direitos fundamentais ocupam posição de centralidade⁷².

O princípio do reconhecimento mútuo exigiria a confiança mútua entre os Estados e se funda em três importantes condições: (i) certeza da existência de princípios fundamentais comuns; (ii) confiança recíproca na implementação destes valores fundamentais comuns; e (iii) confiança no judiciário e nos operadores da justiça dos outros Estados membros⁷³.

Em casos específicos, contudo, Portugal, enquanto Estado de execução, tem a competência para alterar a pena imposta, dentro de determinados limites e com a obediência de certos critérios. Essa alteração da sanção imposta pela sentença do Estado-membro de emissão pode se relacionar basicamente com a duração da pena, ou com a natureza da condenação, nos casos em que uma e/ou outra sejam incompatíveis⁷⁴ com a legislação interna de Portugal, é o que prevê expressamente o artigo 8º, números 2 e 3, da Decisão-quadro 2008/909.

Relativamente à incompatibilidade sob o viés temporal da punição, prescreve a DQ2008/909 que a adaptação pode se dar se a pena concretamente aplicada exceder a duração máxima da pena prevista na

⁷¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção europeu – Na via a Construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 13, n. 1, 2003. p. 29.

⁷² JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018. p. 443.

⁷³ BADINTER, Robert. *Allocution*, Conférence du 22 juin 2006 à la Cour de cassation, 22 juin 2006. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/22-06-2006/2-06-06_intervention_badinter.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁷⁴ “Apenas quando a natureza ou a duração desta sanção forem incompatíveis com a legislação do Estado da execução, ou se a legislação desse Estado o exigir, o Estado da execução pode, com base em decisão judicial ou administrativa, adaptá-la à pena ou medida previstas na sua própria lei para infrações da mesma natureza.” Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT. S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça.

legislação portuguesa para crimes que guardem semelhança com aquele pelo qual foi condenado o procurado.

Entretanto o entendimento jurisprudencial que tem prevalecido é o de que não se deve procurar o *quantum* máximo entre os “crimes de mesma natureza”, mas, sim o *quantum* máximo permitido pela legislação portuguesa. Exemplificando: se o indivíduo é condenado no Estado de Emissão do MDE por burla, não se deve verificar se a duração da pena fixada no caso concreto pelo Estado de emissão está dentro da moldura penal atribuída ao crime tipificado no art. 217º do Código Penal (CP) ou de mesma natureza (aqueles constantes no capítulo dos crimes contra o patrimônio) na legislação portuguesa, mas sim se a pena aplicada ao caso concreto não extrapola o máximo legal permitido no ordenamento português, aquele estabelecido do art. 41º, n^{os} 1 e 2, do CP⁷⁵.

Outrossim, o STJ português já entendeu que está dentro do leque de competência de seus Tribunais a análise da existência de *cúmulo jurídico* das penas concretamente aplicadas na sentença condenatória imposta ao procurado, uma vez que a inexistência de tal instituto penal

⁷⁵ No caso de Portugal, apenas decisão Judicial. “Por “máximo legal admissível” entende-se os limites máximos legais da pena de prisão consagrados nos n. os 1 e 2, do art. 41.o do CP, pois só em relação a estes limites gerais e abstratos faz sentido convocar o princípio constitucional da duração limitada das penas previsto no art. 30.o, n.o 1, da CRP”. E não a “pena máxima da moldura penal do crime concretamente em apreciação, ou a aplicação de regimes especiais previstos na ordem jurídica portuguesa”, porque senão tal entendimento “comportaria uma distorção inadmissível do sistema, com base em especificidades do ordenamento jurídico-penal português” sob pena de “menosprezar-se ostensivamente a cooperação internacional acordada”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT.S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça. Neste sentido: “Se na sentença estrangeira a rever o arguido foi condenado na pena de 15 anos de prisão pela prática de um crime para o qual a lei portuguesa prevê pena de prisão com o máximo de 10 anos, não há que operar qualquer redução da pena, à luz do nº 3 do art. 237º do Código de Processo Penal, visto que aquela pena de 15 anos de prisão não excede o limite máximo geral previsto no nº 1 do art. 41º do Código Penal Português”. Tribunal da Relação do Porto, de 30-01-2008.

⁷⁶ Regra semelhante encontra-se nas disposições sobre o Mandado Mercosul de Captura, especificamente a hipótese de o crime ser punível na Parte emissora com a pena de morte ou de prisão perpétua, o cumprimento do MMC só será admitido se a Parte emissora se comprometer a aplicar a pena máxima admitida na legislação da Parte executora.

no ordenamento do Estado-membro de emissão ou, pelo menos, sua não aplicação ao caso específico, malferir a ordem pública do estado Português⁷⁷.

A segunda hipótese de adaptação se refere à natureza da pena imposta, caso esta se revele incompatível com os normativos nacionais portugueses⁷⁸. Ressalte-se que, inexistindo a modalidade de pena imposta no ordenamento jurídico português, queda-se constitucionalmente vedado (e não meramente incompatível) o cumprimento da pena, haja vista que o intérprete não pode criar nova modalidade de sanção, segundo o princípio do *nulla poena sine praevia lege*.

Por outro lado, a jurisprudência já decidiu que, mesmo havendo previsão geral daquela espécie de pena no ordenamento nacional, se esta não estiver taxativamente prevista no rol legal de sanções que podem ser impostas ao tipo penal a que foi condenado o procurado, também não pode ser executada a pena pelo Estado Português⁷⁹.

Ressalte-se, ainda, com base no imprescindível respeito à decisão judicial condenatória prolatada no Estado-membro de emissão, a punição executada por Portugal deve corresponder tão exatamente quanto for possível à punição imposta pela sentença, seja na duração, seja na natureza, daí decorrendo que a condenação não pode ser convertida em sanção pecuniária, inclusive por expressa vedação constante

⁷⁷ “A inexistência de cúmulo jurídico colide com o ordenamento jurídico-penal português, neste aspecto se revelando incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT.S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça.

⁷⁸ “Quanto à sua natureza, esta pena ou medida corresponderá, tanto quanto possível, à imposta pela condenação a executar”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 301/09.2TRPRT.S1. 3ª Secção. Relator: Pires da Graça.

⁷⁹ “Apenas se suscita um problema quanto à imposição da pena acessória de inabilitação para o direito de sufrágio pelo tempo da condenação, pena acessória aplicada à arguida e que não está prevista no ordenamento penal português para o tipo penal em presença e que não pode ser substituída por sanção pecuniária. Tal pena, no entanto, está prevista no ordenamento penal português para a prática de crimes do processo eleitoral (...) considerando o princípio da legalidade das penas e a previsão restritiva desta pena aos ilícitos eleitorais, que se não estende aos crimes restantes, designadamente o de tráfico de stupefacientes, há que concluir que a execução de tal pena não pode ser transposta para a nossa ordem jurídica. Tribunal da Relação de Évora. Processo: 105/11.2YREVR.E1.

na DQ2008/909⁸⁰, ou mesmo a impossibilidade de apreciar a suspensão da punição, sob pena de se imiscuir no conteúdo da decisão judiciária de outro Estado-membro⁸¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou analisar a causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu (MDE) com fundamento na nacionalidade, na residência ou na permanência do procurado em território português, analisando os requisitos, competência, além da problemática da execução da sentença estrangeira e sua adaptação ao sistema jurídico nacional.

Quanto aos requisitos objetivos, verificou-se que a nacionalidade portuguesa deve ser aferida na forma da legislação interna e no momento da decisão a ser tomada em relação ao MDE, independentemente de o agente à época do crime não a possuir; que o procurado deve se encontrar em território português, inclusive insular, conforme disposto na Constituição portuguesa e, ainda, no âmbito dos navios e aeronaves portuguesas.; que a residência em Portugal é comprovada sem maiores formalismos, sem exigência administrativa suplementar ou uma ligação ao território nacional de ordem e intensidade extremas, mas, sim, laços com o Estado em grau semelhante aos que resultam da residência.

Portanto, a recusa de execução do MDE e o conseqüente cumprimento da pena em Portugal deve ser analisada do ponto de vista das vantagens eventualmente trazidas, na perspectiva de reinserção social, convívio familiar salutar, circunstâncias de vida que favoreçam o distanciamento da delinquência e a estabilização da vida em sociedade do procurado.

Relativamente à facultatividade da recusa, verificou-se que não se trata de um exercício discricionário ou arbitrário, devendo ser avaliada

⁸⁰ Art. 8º, número 3.

⁸¹ “Assim sendo, este Tribunal da Relação tem de reconhecer e executar a sentença proferida pela autoridade judiciária espanhola, não podendo debruçar-se sobre o seu teor e decidir da suspensão da pena de prisão aplicada. Improcede, assim esta pretensão do arguido”. Tribunal da Relação de Guimarães. Processo: 26/11.9YRGMR. Relator: Luísa Arantes.

segundo critérios e vinculações normativos, em especial por duas razões: uma, pela relação existente entre o Estado Português e o Estado-membro de emissão, no âmbito da confiança comunitária, no compromisso de combater o fenômeno criminal transnacional; e duas, a relação entre a pessoa procurada e o Estado Português que, assente nos direitos, liberdade e garantias, faz jus a uma decisão fundamentada do magistrado.

Ao recusar o cumprimento do mandado de entrega, o Estado Português deve se comprometer a executar a pena ou medida de segurança aplicada pelo Estado-membro de emissão, sendo competente o Tribunal da Relação da área do domicílio do procurado ou de onde este se encontrava à data da emissão do MDE, desde que declare a sentença exequível em Portugal, confirmando a pena aplicada. Não se trata de formal revisão e confirmação de sentença estrangeira, mas de processo simplificado, cuja sentença é incluída na decisão de recusa de execução.

O compromisso de execução da pena ou medida de segurança é unilateral, não necessita de consentimento, concordância ou mesmo comunicação prévia ao Estado-membro de Emissão, salvo a da decisão do Tribunal pela recusa da entrega da pessoa procurada e o compromisso de que executará a pena imposta. Ademais, não é necessário solicitar o reconhecimento da execução e a consequente extinção da responsabilidade criminal. Ambas as ideias são fundamentadas na reciprocidade e confiança nas relações comunitárias.

O Estado Português é também competente para a adaptação da pena exarada no Estado emissor para a estrita observância das leis portuguesas, sendo assegurado ao procurado seu *status* de proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. A reserva de soberania do Estado-membro de execução diante de aparente conflito com a imutabilidade da sentença proferida no Estado-membro de emissão permite alterar a pena com relação à duração ou à natureza, em casos específicos e excepcionais quando (i) houver incompatibilidade com a legislação interna de Portugal; (ii) exceder a duração máxima prevista no ordenamento português; (iii) a pena concretamente aplicada na sentença condenatória inexistir no sistema; ou (iv) a pena concretamente aplicada na sentença condenatória não for cominada àquela espécie de crime.

Por outro lado, em razão de a punição executada por Portugal dever corresponder tão exatamente quanto for possível à punição imposta

pela sentença no Estado emissor, decorre que a condenação não pode ser convertida em sanção pecuniária ou haver suspensão da execução.

Trata-se de uma pesquisa explicativa, com abordagem qualitativa, através de revisão bibliográfica e análise documental. Foram coletados e analisados dados legislativos, como a Lei nº 65/2003, de 23 de agosto, a Lei nº 35/2015, de 4 de maio, as Decisões-Quadro relativas à temática e a jurisprudência dos Tribunais portugueses e do Tribunal de Justiça da União Europeia, além de livros e artigos científicos que tratam da matéria.

Saliente-se a importância do estudo do Mandado de Detenção Europeu, em todos os seus aspectos, pela inovação que trouxe, na esteira do instituto da entrega do Tribunal Penal Internacional, como decisão judiciária do Estado-membro de emissão com vista à detenção e entrega para outro Estado-membro de execução de uma pessoa procurada para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade, como decorrência do princípio do reconhecimento mútuo, convertido em pedra angular da cooperação judiciária, caracterizando-se como o primeiro instrumento jurídico que concretiza o citado princípio no domínio do direito penal, conferindo efeito pleno e direto dentro do espaço único europeu de justiça, segurança e liberdade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR-BRANCO, José Pedro. *Liberdade de circulação e circulação de liberdade – Inclusão, diversidade e criminalidade na União Europeia*. Disponível em: <<https://infoeuropa.eu/ocid.pt/files/database/000021001-000022000/000021543.pdf>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2019.

ALEGRE, Susie; LEAF, Marisa. Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study - the European Arrest Warrant. *European Law Journal*, v. 10, n. 2, p. 200-217, mar. 2004.

CABRAL, Pedro. In Bitter Sweet Symphony: Em torno da validade da Decisão-quadro 2002/584/JAI relativa ao mandado de detenção europeu. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, p. 245-265, ano 69. 2009.

CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin. 2006, p. 439-453.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARINI, Camillo. L'Introduzione del Mandato d'Arresto Europeo in Italia e la Tutela dei Diritti Individuali: a Proposito delle Disposizioni Intradittive della Legge Italiana di Attuazione della Decisione Quadro 2002/584/GAI. *Dereito*, v. 18, n. 1, p. 33-85, 2009.

DEEN-RACSMÁNY, Zsuzsanna; BLEKXTOON, Rob. The Decline of the Nationality Exception in European Extradition? The Impact of the Regulation of (Non-) Surrender of Nationals and Dual Criminality under the European Arrest Warrant. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 13/3, p. 317-363, 2005.

FREISS, Kintxo. Les Incertitudes Relatives au Mandat d'Arrêt Européen à la Lumière de l'Affaire Aurore Martin. *Revue québécoise de droit international*, n. 28.1, 2015.

GARCÍA-MALTRÁS, Elsa. Judicial cooperation in criminal matters and fight against terrorism: the Council Framework Decisions on combating terrorism and the European Arrest Warrant. *Revista do Centro de Informação Europeia Jacques Delors*, Lisboa, n. 16/17, p. 155-163, dez./jun. 2005.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 435-472, jan./abr. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.114>

MANCANO, Leandro. The right to liberty in European Union law and mutual recognition in criminal matters. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, v. 18, p. 215-238, 2016. <http://doi.org/10.1017/cel.2016.8>

RODRIGUES, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção europeu – Na via a Construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 1, ano 13, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda; LOPES DA MOTA, José Luís. *Para uma Política Criminal Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ROSA PAIS, Ana Isabel. A Ausência de Controlo da Dupla Incriminação no Âmbito da Decisão-quadro Relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de Maio de 2007. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, *Studia Iuridica* 98 Ad Honorem – 5, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tradução e notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Civitas, 1997.

SOKOL, Tomislav. Implementation of European Arrest Warrant in Croatia: A Risk for the Functioning of Judicial Cooperation in Criminal Matters in the EU? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 23, p. 258-280, 2015. 10.1163/15718174-23032071.

SOLTOSKI JUNIOR, Mario Elias. O Controle da Dupla Incriminação e o Mandado de Detenção. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, n. 16, 2006.

THOUVENIN, Jean-Marc. Le principe de non-extradition des nationaux. In S. TOUZE. *La nationalité*, SFDI, Pedone, 2012. p. 127-144.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Mandado de Detenção Europeu*. Coimbra: Editora Almedina. 2006.

ZAMBIASI, Vinícius Wildner; KLEE, Paloma Marita Cavol. A (possibilidade de) não execução do mandado de detenção europeu fundamentada no tratamento ou pena cruel ou degradante. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 845-886, mai./ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2>

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration):
O autor 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):
O autor 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: 19/03/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/04/2019
- Avaliação 1: 22/04/2019
- Avaliação 2: 15/04/2019
- Avaliação 3: 24/04/2019
- Avaliação 4: 24/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 14/05/2019
- Retorno rodada de correções: 02/06/2019
- Decisão editorial final: 04/06/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Editor-assistente: 1 (MJV)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ROCHA, Jorge Bheron. Permanência, nacionalidade e residência do procurado como causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu: o caso português. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 889-923, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.230>



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

Offenders' rehabilitation and the cross-border transfer of prisoners and persons subject to probation measures and alternative sanctions: a stress test for EU judicial cooperation in criminal matters

Reabilitação e transferência internacional de prisioneiros e pessoas sujeitas a medidas restritivas e penas alternativas: uma questão problemática para a cooperação judiciária na UE em matéria penal

Stefano Montaldo¹

University of Turin – Italy

stefano.montaldo@unito.it

 orcid.org/0000-0001-8753-6454

ABSTRACT: The article analyses the role of the notion of offenders' rehabilitation in EU judicial cooperation mechanisms, with a specific focus on cross-border transfers. Firstly, it provides a general overview of the approach of the EU legal order and of the stance of the European Convention on Human Rights on this concept. It is argued that offenders' rehabilitation is an emerging notion at supranational level, capable of imposing increasingly stringent duties on domestic law enforcement agencies. Secondly, it considers how rehabilitation objectives impact the normative decisions underpinning Framework Decision 2008/909/JHA on transfers of prisoners between Member States and Framework Decision 2008/947/JHA on the mutual recognition of probation measures and alternative sanctions. The article argues that offenders'

¹ Assistant Professor of EU Law at the University of Turin.

This article has been drafted in the framework of the research project Trust and Action, funded by the European Union Justice Programme 2014-2020 - www.eurehabilitation.unito.it. The content of this article represents the views of the members of the research consortium only and is their sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains.

rehabilitation is yet to find a clear role in the EU legal order, as demonstrated by the recent case law of the Court of Justice. In particular, the functioning of judicial cooperation mechanisms and the interpretative guidance provided by the Court confirm that this punishment aim locks swords with the full effectiveness of EU law and with the hidden will of the Member States to use cross-border transfers as a tool for controlling intra-EU mobility.

KEYWORDS: offenders' rehabilitation; mutual trust; cross-border transfers; limits; fundamental rights.

RESUMO: O artigo analisa a função da noção de reabilitação dos condenados nos mecanismos de cooperação judiciária da União Europeia, com especial ênfase nas transferências internacionais. Em primeiro lugar, fornece-se uma visão geral da abordagem da ordem jurídica da UE e do sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre este tema. Argumenta-se que a reabilitação dos condenados é uma noção cada vez mais importante em nível supranacional, capaz de impor deveres progressivamente mais restritivos às autoridades policiais domésticas. Em segundo lugar, analisa-se a forma como os objetivos de reabilitação afetam as escolhas normativas subjacentes à Decisão-Quadro 2008/909/GAI, relativa às transferências de reclusos entre os Estados-Membros e à Decisão-Quadro 2008/947/GAI, relativa ao reconhecimento mútuo de medidas de vigilância e penas alternativas. O artigo sustenta que a reabilitação dos condenados ainda está buscando um papel claro na ordem jurídica da UE, como demonstrado pela recente jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em particular, o funcionamento dos mecanismos de cooperação judiciária e as orientações jurisprudenciais fornecidas pelo Tribunal confirmam que este objetivo da punição tem relação com a plena eficácia do direito da UE e com a vontade oculta dos Estados-Membros de utilizarem as transferências transfronteiras como um instrumento de controle de mobilidade interna na UE.

PALAVRAS-CHAVE: reabilitação de condenados; confiança recíproca; transferências internacionais; limites; direitos fundamentais.

TABLE OF CONTENTS: Introduction: Offenders' rehabilitation as an elusive concept in a multi-layered European normative scenario; 1. Offenders' Rehabilitation in Europe: (Converging?) Views from Strasbourg and Luxembourg; 1.1 Offenders' Rehabilitation in the case law of the European Court of Human Rights; 1.2 The theoretical justification for offenders' rehabilitation in the EU legal order; 2. Offenders' rehabilitation and cross-border transfers in the EU Area

of Freedom, Security and Justice; 2.1 Offenders' rehabilitation in a cross-border scenario: What role for judicial cooperation in criminal matters in the EU?; 2.2. Framework Decision 2008/909/JHA on the transfer of prisoners; 2.3 Framework Decision 2008/947/JHA on the mutual recognition of probation measures and alternative sanctions; 3. Cross-border transfer procedures and social rehabilitation: the case law of the ECtHR and of the Court of Justice; Concluding remarks; Bibliography.

INTRODUCTION: OFFENDERS' REHABILITATION AS AN ELUSIVE CONCEPT IN A MULTI-LAYERED EUROPEAN NORMATIVE SCENARIO

The justification of punishment has always been a contentious issue concerning the nature, structure and objectives of national criminal systems². Accordingly, the State's reaction to crime has evolved over the centuries by questioning the legitimacy and limits of its coercive powers. The "ifs" and "hows" of criminal punishment inevitably reflect the moral roots and political priorities of a society, and develop alongside them.

As is well-known, the 20th century brought about a significant paradigm shift towards a more individualised approach to prison systems, with a view to minimising the negative impact of imprisonment³ on offenders' lives and on crime rates⁴. The punishment of a wrongdoer has remained an essential component of detention, but the idea of tackling

² Reintegration or resocialisation also refers to this notion, sometimes with slight conceptual differences. For the purposes of this paper, these words will be treated as synonyms and used accordingly. See VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonia. *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 58.

³ This trend has been described as a "*décloisonne*" of prisons and prison systems. COMBESSIE, Philippe *Ouverture des prisons jusqu'à quel point?*. In VEIL, Claude; LHUILIER, Dominique (eds). *La prison en changement*. Toulouse: Erès, 2000, p. 69.

⁴ See the various contributions gathered in VAN KEMPEN, Piet Hein; YOUNG, Warren (eds). *Prevention of reoffending. The Value of Rehabilitation and the Management of High Risk Offenders*. 2014, Cambridge: Intersentia.

the structural and personal drivers of crime through more comprehensive and less coercive penal policies has gained increasing importance.

In this vein, the exercise of national *ius puniendi* does not merely consist of administering punishment but pursues more far-reaching individual and collective objectives. On the one hand, it is intended to contribute to fostering the offenders' individual responsibility for their own development and to restore their participation in social life⁵. On the other hand, the path towards individual redemption has been framed within the wider picture of the State's interest in avoiding recidivism and ensuring the security of its citizens⁶.

Offenders' rehabilitation is, by nature, an elusive concept. Firstly, it is just one component of the more complex scenario of criminal punishment; secondly, it combines several possible definitions and meanings, which are connected to a varied set of individual and collective aims. The blurred contours of this notion have always been reflected by the profound differences in its (legal) conceptualisation and practical implementation. Crucially, this framework has further exacerbated the fragmentation of national substantive and procedural criminal law and the ensuing implications for punitive practices and reintegration policies.

In recent decades, the steady increase in international judicial cooperation and the establishment of the EU Area of Freedom, Security and Justice have added new substance to the debate on the theory and practice of components of criminal punishment. Even in core areas of national sovereignty, States are no longer exclusive proprietors of a secret garden immune from external (legal) influences. In fact, the exercise of public coercive powers and the concept of offenders' rehabilitation now face new challenges, due to the rising supranational dimension of criminal law enforcement. This phenomenon leads to increasing legal complexity,

⁵ MELISSARIS, Emmanuel. *Theories of Crime and Punishment*. In DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana (eds). *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, 2014, p. 355.

⁶ After some decades of deep crisis, since the beginning of the new millennium rehabilitation has gained increasing attention. For an overview of the theories criticising rehabilitation goals and the reactions to them, GARLAND, David. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 53.

since multiple normative layers - essentially international, regional and national - contribute to shaping rights and duties in the contentious relationship between the offender and law enforcement agencies.

At international level, for instance, Art. 10(3) of the International Covenant on Civil and Political Rights states that the essential aim of prisoners' treatment should be "their reformation and rehabilitation". The scope of this provision is clarified further by the Human Rights Committee General Comment no. 21, which stresses that no penitentiary system should be retributive only. The States are then required to re-educate those convicted of crimes through adequate domestic policies that are intended to maximise their chances of future reintegration into society.

On the regional stage, the path towards the Europeanisation of criminal justice is an illustrative example of how the regional dimension affects national penal systems. In fact, in Europe, both the Council of Europe and the European Union (EU) are key players in this regard. On the one hand, a prominent contribution to shaping national legal orders to pursue rehabilitation goals is derived from the European Convention on Human Rights (ECHR) and the case law of its Court in Strasbourg⁷. On the other hand, the expanding reach of EU criminal law has led the Union to launch its own criminal policy, whereby it seeks to harmonise the national legal orders with a view to pursuing common security goals and protecting the interests of the Union more effectively.

The idea of punishment modelling the development of the ECHR as a living instrument and the Union's criminal system is essential in this regard, as it ultimately affects the duties incumbent upon the Member States and the rights granted to individuals⁸.

⁷ See also the Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules, along with its commentary.

⁸ In the domestic realm, the EU Member States generally attach significant importance to offenders' rehabilitation. Some national legal systems enshrine this element of punishment in their constitutions, whereas others have codified it either in their criminal codes or in other pieces of ordinary legislation, further developing it through the case law of the domestic courts. See, for instance, Art. 27(3) of the Italian Constitution and Art. 25(2) of the Spanish Constitution. In Germany, for instance, in 1973 the Federal Constitutional Court acknowledged resocialisation as being inherently connected to the rights guaranteed by the Constitution: BVerfGE, 5.6.1973, 202.

In this framework, the article firstly provides a general overview of the approach of the EU legal order and of the stance of the European Convention on Human Rights on the elusive notion of offenders' rehabilitation. The subsequent stage of the analysis is devoted to a key component of the supranational dimension of this punishment aim, namely the identification of the best place for serving a sentence, through judicial cooperation mechanisms allowing for the cross-border transfer of the sentenced person. The article addresses the normative decisions revealed by some EU acts concerning these procedures and discusses the main concerns stemming from these legal texts, also in light of the recent case law of the European Court of Human Rights and of the European Union Court of Justice.

1. OFFENDERS' REHABILITATION IN EUROPE: (CONVERGING?) VIEWS FROM STRASBOURG AND LUXEMBOURG

1.1. OFFENDERS' REHABILITATION IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Neither the European Convention on Human Rights nor its additional Protocols specifically refer to the aims of criminal punishment. However, some provisions of the Convention address - in one way or another - the exercise of *ius puniendi* by domestic law enforcement agencies and judicial authorities, essentially with a view to limiting it. In this respect, the European Court of Human Rights deserves the most credit for having used these indirect or implicit references to develop a general conceptual vision of the notion of offenders' rehabilitation for the purposes of protecting the rights enshrined in the Convention.

Generally speaking, the Strasbourg Court exercises self-restraint in matters of proportionate and appropriate sentencing, which it considers to fall outside the scope of the Convention. In principle, only "rare and unique" situations of "grossly disproportionate" punishment may constitute a violation of Art. 3, concerning the prohibition of torture and inhumane or degrading treatment or punishment⁹.

⁹ *Harkins and Edwards v. United Kingdom*, Application no. 9146/07 and 32650/07, Judgment 17 January 2012, para. 133. The Court has derived the

However, this cautious approach has not prevented the European Court of Human Rights from interpreting Art. 3, Art. 5(1) (right to liberty and security), and Art. 8 (right to family life) ECHR as legal bases for imposing limits and obligations on the domestic authorities with a view to fostering the wrongdoers' chances of resocialisation. In particular, two major trends can be distilled from the highly fragmented body of case law developed thus far.

On the one hand, the ECtHR has interpreted the cited provisions as requiring the Contracting Parties to ensure that their prison systems and penal policies provide prisoners with "proper opportunities" for resocialisation¹⁰. In fact, most of the relevant case law deals with custodial measures and accordingly focuses on the duty incumbent upon States to minimise the harmful impact of punishment, ranging from unnecessary limitations of personal freedom to the negative side effects of incarceration. Such a duty is far from absolute, since national authorities are endowed with a wide margin of discretion as to the structural features of their domestic policies and laws. In line with this approach, the European Court of Human Rights has consistently upheld that the obligation at issue "is to be interpreted in such a way as not to impose an excessive burden on national authorities"¹¹. In a nutshell, the Strasbourg Court identifies a broad obligation of means, compelling the Contracting Parties to make every reasonable effort to foster offenders' chances of rehabilitation, but leaving them significant discretion as to the actual choice of such means.

On the other hand, the notion in question involves an individual dimension, urging the offender to take responsibility for his/her own resocialisation process. From this point of view, rehabilitation is described as an ongoing progression from the early days of the sentence to the preparation for release or, in general, to life after punishment¹². The

"unique and rare occasions" criterion from the Canadian Supreme Court, *R. v. Latimer*, case 26980, Judgment of 18 January 2001, para. no. 76.

¹⁰ See, for instance, *Harakchiev and Tomulov v. Bulgaria*, Application no. 15018/11 and 61199/12, Judgment of 8 July 2014, para. 264.

¹¹ *Murray v. The Netherlands*, Application no. 10511/10, Judgment of 26 April 2016, para. 110.

¹² *Dickson v. United Kingdom*, Application no. 44362/04, Judgment of 4 December 2007, para. 28 and 75.

progression principle also applies to life sentences, as any inmate having achieved a significant level of rehabilitation should be offered a genuine and tangible offer of a return to society¹³. More generally, following an assessment of each offender's specific situation and of the actual level of threat to public security, States are required to engage the person concerned in rehabilitative treatment. Under the aegis of both Articles 5 and 8 of the Convention, this entails preserving family ties and allowing social contacts, as well as favouring vocational training, education and occupational activities¹⁴. Therefore, the close connection between the guarantees afforded by the Convention, the enforcement of a sentence and the preparation for release are also matters of individual engagement. As underlined by the Grand Chamber of the ECtHR in *Dickson v. United Kingdom*, rehabilitation is no longer solely deemed a means of preventing recidivism but "more recently and more positively it constitutes rather the idea of resocialisation through the fostering of personal responsibility"¹⁵.

1.2. THE THEORETICAL JUSTIFICATION OF OFFENDERS' REHABILITATION IN THE EU LEGAL ORDER

In terms of the EU, the legal magnitude of the concept in question and its impact on the EU and national criminal systems are far from clear. In *Lopes da Silva*, Advocate General Mengozzi stressed the close link between rehabilitation and human dignity, the latter being the cornerstone of the European system on the protection of fundamental rights and the overriding concern of EU institutions and Member States¹⁶. In his view, rehabilitation is not confined merely to individual interests, as a successful resocialisation process is beneficial to an ascending scale of social groups, namely the offenders' families, local communities and European society

¹³ *Vinter and others v. United Kingdom*, Application no. 66069/09, 130/10 and 3896/10, Judgment of 9 July 2013, para. 115. Conviction without parole.

¹⁴ *Murray v. The Netherlands*, para. 109.

¹⁵ *Dickson v. United Kingdom*, para. 28.

¹⁶ Opinion of Advocate General Mengozzi, delivered on 20 March 2012, case C-42/11, *Lopes da Silva*, para. 28.

as a whole¹⁷. From this point of view, Art. 1 of the Charter may represent a solid theoretical justification for recognising the importance of this concept in the European legal system. This is in line with the broad debate on the nature and objectives of punishment, and appears to be a promising tool through which offenders' rehabilitation could be addressed at EU level. In fact, as confirmed by the Court of Justice in other areas and policies¹⁸, respect for human dignity imposes a general limit on EU powers and national legislations and guides them accordingly.

However, the conceptualisation of the primary roots of social rehabilitation in the European Union legal order is far from settled. On a number of occasions the Advocates General have suggested that the Court of Justice acknowledges the connection of this notion with the Charter. In addition, they have urged the Luxembourg judges to elaborate on the meaning and significance of this concept for EU law, also with a view to identifying an ascending scale of priorities among the interests of the Union, as reflected in criminal law enforcement policies at supranational and domestic levels and in the aims of punishment. These attempts to find a place for offenders' rehabilitation in primary EU law - and first and foremost in the Charter of Fundamental Rights - have been made mainly in cases regarding various tools for EU judicial cooperation and international mutual legal assistance, but they also cover EU citizenship rights and the free movement of persons.

The Court of Justice has usually refrained from endorsing the Advocates General's approach and substantive arguments, thereby contributing to blurring the contours of the notion at issue. At the same time, one concession made by the Court is that offenders' rehabilitation is not just about the individual and his/her relationship with a given societal context. In a line of cases regarding EU citizenship and enhanced protection against deportation from the host Member State¹⁹, the Luxembourg Court has acknowledged that the social rehabilitation of the Union citizen in the

¹⁷ Opinion of Advocate General Mengozzi, *Lopes da Silva*, para. 37.

¹⁸ Court of Justice, judgment of 14 October 2004, case C-36/02, *Omega Spielhallen*, para. 34 and 35.

¹⁹ See Art. 28 of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

State in which he has become genuinely integrated is also in the interest of the European Union in general²⁰.

In any event, the individual and general interest in fostering the chances of post-enforcement resocialisation and the prevention of recidivism must be balanced with other competing interests and objectives, such as public order and public security, the management of intra-EU migration of undesired Union citizens, the sound management of national prison systems and social assistance schemes. The fragmentation of domestic priorities and quests for departures from EU law further amplify the obscure supranational dimension of the concept at issue and its relationship with opposing political and legal driving forces. Therefore, a more precise clarification of the scope of this notion and of its link to the primary provisions of EU law could be highly beneficial for establishing a coherent approach to it.

In this respect, offenders' rehabilitation cannot be confined - as it is for the system of the European Convention on Human Rights - to the realm of theoretical corollaries of human dignity. For instance, rehabilitation is inherently linked to the idea of a proportionate *ius puniendi*, which features in Art. 49(3) of the Charter. Pursuant to this provision, "the severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence". This principle is enshrined in common constitutional traditions and reflects consistent case law of the Court of Justice concerning the appropriateness of sentences aimed at enforcing EU law at national level²¹. The Court of Justice has not yet ruled on the interpretation of this provision in the post-Lisbon era²²,

²⁰ Court of Justice, judgment of 23 November 2010, case C-145/09, *Tsakouridis*, para. 50.

²¹ The Court has issued several judgments mentioning the limits on the severity of penalties in other fields of law. See, for instance, judgment of 9 November 2016, case C-42/15, *Home Credit Slovakia*, para. 61-63, concerning (non-criminal) sanctions imposed at national level for the infringement of domestic legislation implementing a Directive.

²² Only very limited references to the need to respect the practical effects of the principle of proportionality in the application of penalties can be found in Court of Justice, judgment of 28 July 2016, case C-294/16 PPU, *JZ*, para. 42. See also Court of Justice, judgment of 20 March 2018, case C-524/15, *Menci*, where the Court uses Art. 49(3) for the purposes of assessing whether the

so it is still to be determined whether or not it adds anything new to the pre-existing scenario. Nonetheless, Advocate General Bot has highlighted the relationship between proportionate sentencing and the individualisation of punishment, with a view to maximising the chances of social reintegration. If the case concerns a minor offender, he pointed out how detrimental - in effectively tackling recidivism - a disproportionate, and thus unfair, punishment can be. A sentence “is necessary to allow the social rehabilitation”²³, but it entails tailoring the exercise of the State’s coercive powers to the individual.

Further provisions of the Charter demonstrate the cross-sectional significance of resocialising goals. In particular, in line with the case law of the ECtHR, Art. 4, which concerns the prohibition of torture, inhumane and degrading treatment, has been interpreted as precluding unwanted and morally debilitating effects of imprisonment. Excessively harsh prison regimes or detention conditions reinforce the detainees’ detachment from society and exponentially increase the risk of reoffending²⁴. Similar arguments could be reiterated in relation to Art. 6 of the Charter, regarding the right to personal liberty and security. This is another silent provision of the Charter, which the Court of Justice has not yet addressed directly. However, some hints as to its meaning and scope can be extracted from the case law of the Court of Justice itself on custodial measures. In fact, as has been highlighted by some scholars²⁵, the right to liberty covers the whole cycle of a sentence or judicial decision determining a deprivation of this right. This includes, firstly, legal certainty as to the pre-conditions for issuing such decisions and the specific features of the period in custody, for instance in terms

convergence of a criminal and an administrative sanction violates Art. 50 of the Charter, concerning the *ne bis in idem* principle.

²³ Opinion of Advocate General Bot, delivered on 17 May 2017, case C-171/16, *Beshkov*, para. 49. See ROSANÒ, Alessandro. *Beshkov. Or the Long Road to the Principle of Social Rehabilitation of Offenders*. *European Papers*, 2018, p. 433.

²⁴ Opinion of Advocate General Bot, delivered on 3 March 2016, joined cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Caldararu and Aranyosi*, para. 143 and 144.

²⁵ MANCANO, Leandro. *The Right to Liberty in European Union Law and Mutual Recognition in Criminal Matters*. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, p. 215.

of length and relevant applicable rules. Secondly, it covers the actual enforcement of the custodial measure, again with a view to avoiding disproportionate, inappropriate or arbitrary restrictions of personal liberty while in jail.

Interestingly enough, both Articles 4 and 6 of the Charter entirely correspond to the text of Articles 3 and 5 of the ECHR, as confirmed by the explanations attached to the Charter. In principle, this substantial convergence should have a significant impact on the interpretation of these provisions. In fact, pursuant to the equivalence clause as stated in Art. 52(3) of the Charter, the interpretation of these rights should be aligned to the meaning and scope that the ECtHR attaches to the equivalent provisions of the Convention. In this respect, the Court of Justice has acknowledged that Art. 5 of the Convention itself offers authoritative “interpretative guidance” and that the notions of “detention” and “deprivation of liberty”, for the purposes of EU law, must be construed in a manner consistent with Strasbourg case law²⁶.

Such an interpretative convergence does not provide an answer to the recurring search for additional guidance on the legal value and scope of the notion of offenders’ rehabilitation. However, it is valuable in that it fosters a coherent approach to the duties incumbent upon the States in this domain. The standard set by the European Court of Human Rights - and incorporated by the equivalence clause - requires the Member States, when acting in the realm of EU law, to establish appropriate legislation, institutional arrangements and practices capable of taking resocialising goals into due account.

At the same time Art. 52(3) of the Charter is not coherent as regards the ultimate rationale underpinning offenders’ rehabilitation. As we have seen, also due to the inherent features of the system of the Convention and of the judicial scrutiny regarding its respect, Strasbourg case law prioritises the individual dimension and depicts this notion as a progression on a thin line between the State’s obligations, fundamental rights and individual responsibility. Conversely, as some authors have

²⁶ Court of Justice, *JZ*, para. 58-64.

already pointed out²⁷, the Court of Justice - and the EU legal system as a whole - seems to be inspired by a State-centred utilitarian perception, where an individual's progression is mainly functional to preventing recidivism and securing public order and public security.

The next paragraph addresses and discusses this concern, in a specific area of EU judicial cooperation in criminal matters. Firstly, the analysis considers the cross-border and inter-State dimension of offenders' rehabilitation, which is basically the primary challenge raised by this notion from a purely EU law perspective. Secondly, the article focuses on two acts of the Union regarding cross-border transfers of sentenced persons, namely Framework Decision 2008/909/JHA on the transfer of prisoners²⁸ and Framework Decision 2008/947/JHA on the supervision of probation measures and alternative sanctions²⁹. These judicial cooperation mechanisms are of particular relevance for our purposes, since they manifestly pursue the goal of maximising the sentenced person's chances of social rehabilitation, by identifying the best Member State in which to serve a custodial or non-custodial sentence³⁰.

In this context, the analysis aims to verify whether or not the outlined conceptualisation of offenders' rehabilitation and the concerns stemming from it are actually reflected in the design of these cross-border transfer procedures by the EU legislature and the case law of the Court of Justice.

²⁷ MARTUFI, Adriano. Assessing the Resilience of Social Rehabilitation as a Rationale for Transfer: A Commentary on the Aims of Framework Decision 2008/909/JHA. *New Journal of European Criminal Law*, 2018, pages 49-51; MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and Transformation*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 222.

²⁸ Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union.

²⁹ Council Framework Decision 2008/947/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions.

³⁰ DE WREE, Eveline; VERMEULEN, Gert; VANDER BEKEN, Tom. The Transfer of Sentenced Persons in Europe. Much Ado About Reintegration. *Punishment and Society*, 2009, p. 111.

2. OFFENDERS' REHABILITATION AND CROSS-BORDER TRANSFERS IN THE EU AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE

2.1 OFFENDERS' REHABILITATION IN A CROSS-BORDER SCENARIO: WHAT ROLE FOR JUDICIAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS IN THE EU?

The supranational dimension of sentencing and criminal law enforcement replicates the search for a balance among the diversified aims of punishment. Two main dimensions come to the fore. On the one hand, the establishment of international cooperation mechanisms attempts to tackle the risk of impunity and to secure the actual enforcement of a judicial decision, regardless of where the enforcement takes place. On the other hand, the cross-border dimension of crime and punishment urges the judicial authorities involved to find the best place for serving a detention period or a measure alternative to detention. In fact, as already outlined, this decision has a huge impact on the offender's chances of social rehabilitation and the future possibility of preventing recidivism and preserving public order accordingly.

In this context, in terms of the cross-border enforcement of custodial measures and alternative sanctions, it is of no surprise that several hard and soft international law instruments in this regard attach prominent importance to the latter perspective.

In fact, even though no absolute assumptions can be drawn, the importance of the family and social environment in facilitating offenders' social rehabilitation has been repeatedly demonstrated in legal and sociological literature³¹. This leads to a (rebuttable) presumption that serving a sentence in the country where a prisoner has his/her centre of gravity and main connections is in his/her interest and would reduce the harm deriving from the deprivation of liberty. Consistent research shows that factors such as language divide, lack of information about the legal system of the host country, alienation from local culture and customs, and poor contacts with relatives exacerbate the problems experienced

³¹ MCNEILL, Fergus. A desistance paradigm for offender management. *Criminology and Criminal Justice*, 2006, p. 39.

by offenders in prison³². Moreover, these elements may discourage the competent authorities from involving foreign inmates in initiatives and services that are an integral part of imprisonment and are aimed at preparing the prisoner for his/her return to society³³.

Similar discriminatory treatments have been observed with regard to non-custodial sentences. It has been shown that national courts are reluctant to issue probation measures and other forms of alternative sanctions, if they have no clue as to if and how they will be effectively enforced abroad³⁴. It follows that “foreign offenders are not considered for the same range of alternative sanctions and measures as national offenders”³⁵.

In a cross-border scenario, therefore, judicial cooperation mechanisms may prevent the loopholes stemming from territoriality of criminal law and its enforcement, by providing wider opportunities for choosing the best place for serving a deprivation of liberty or an alternative measure.

From the opposite perspective, while contributing to avoiding the plain frustration of the resocialising goals of punishment, horizontal judicial cooperation across the EU is also highly significant for determining the scope of the citizenship and free movement rights granted by EU primary and secondary law in an ever closer legal and social space. From a free movement perspective, the assessment of the situation of the person concerned and his/her engagement in a progression towards social reintegration have

³² UGELVIK, Thomas. The Incarceration of Foreigners in European Prisons. In: PICKERING Sharon; HAM, Julie (eds). *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*. London and New York: Routledge, 2014, p. 107.

³³ UGELVIK, Thomas. Seeing Like a Welfare State: Immigration Control, Statecraft, and a Prison with Double Vision. In AAS, Katja Franco; BOSWORTH, Mary (eds). *The Borders of Punishment. Migration, Citizenship, and Social Exclusion*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 183.

³⁴ Overestimation of the risk of absconding?

³⁵ FARALDO CABANA, Patricia. One step forward, two steps back? Social rehabilitation of foreign offenders under Framework Decisions 2008/909/JHA and 2008/947/JHA. *New Journal of European Criminal Law*, forthcoming: “Those who would normally have qualified for a suspended sentence or probation are given a term of confinement, kept in prison until their sentence expires, or released only in order to be expelled from the country. Because they are regarded as absconding risks, they are not considered for transfer to more open regimes”.

a remarkable impact on his/her legal regime and future social centre of gravity. In fact, such an assessment may justify the denial of the right to stay in a given Member State and the ensuing obligation to return to the State of origin. In fact, while the commission of a crime may provide evidence of a certain degree of disconnection from the society of the host Member State, the attitude during detention may, in turn, “reinforce that disconnection or, conversely, help to maintain or restore links previously forged with the host Member State with a view to his future social reintegration in that State”³⁶. As such, the EU’s approach to offenders’ rehabilitation is also intended to secure public order and to allocate the law enforcement and judicial authorities’ responsibility over those individuals who threaten it. The normative design underpinning Framework Decision 2008/909/JHA is an illustrative example of this approach.

2.2 FRAMEWORK DECISION 2008/909/JHA ON THE TRANSFER OF PRISONERS

Framework Decision 2008/909/JHA applies the principles of mutual trust and mutual recognition to cross-border transfers of prisoners among the EU Member States. As for many other EU acts concerning judicial cooperation in criminal matters, this instrument replaced the pre-existing Convention of the Council of Europe on the Transfer of Sentenced Persons of 1983³⁷, which had received limited application across the EU³⁸.

³⁶ Court of Justice, judgment of 17 April 2018, joined cases C-316/16 and C-424/16, *B and Vomero*, para. 74.

³⁷ See also its Additional Protocol of December 1997, which entered into force in 2000. A new Additional Protocol amending the previous one was open to signatures in November 2017 and has not yet entered into force. More precisely, within its scope of application, Framework Decision 2008/909/JHA also replaces the European Convention on the transfer of sentenced persons of 1983 and the Convention on the International Validity of Repressive Judgments of 1970, the relevant provisions of the Convention implementing the Schengen Agreement, and the Convention between the Member States of the Communities States on the Enforcement of Foreign Criminal Sentences of 1991.

³⁸ FROMENT, Jean-Charles. *Les avatars de la Convention sur le transfèrement de détenus en Europe*. In CERÉ, Jean (ed.), *Panorama européen de la prison*. Paris: L’Harmattan, 2002, p. 33.

The advanced mechanism established by the Framework Decision obliterates the intergovernmental footprint of the previous regime³⁹, as it is designed as a primarily technical and judicial system. As such, the Framework Decision minimises unnecessary formalities and is centred on the duty on the part of the receiving judicial authority to recognise the foreign judgment and to execute the transfer request. Moreover, it reiterates two major recurring features of EU legislation in this domain: the abolition of the double criminality check in relation to a list of serious offences⁴⁰ and the provision of an exhaustive list of optional grounds for denying recognition⁴¹.

As clearly stated in Art. 3(1) of the Framework Decision, transfer procedures, as a matter of principle, should be aimed at encouraging the sentenced person's social rehabilitation. Accordingly, Art. 4(2) clarifies that the issuing authority is entitled to forward a certificate and the related judgment only insofar as it "is satisfied that the enforcement of the sentence by the executing Member State would serve the purpose of facilitating the social rehabilitation of the sentenced person". Appropriate preliminary consultations between the competent domestic authorities should take place for this purpose. Furthermore, from the other side of the horizontal cooperation mechanisms, Art. 4(4) allows the executing judicial authority to provide the issuing one with a "reasoned opinion" confirming that enforcement in the Member State of destination would not facilitate the successful reintegration of the sentenced person into society. Therefore, the Framework Decision urges the Member States

³⁹ The text of this act represents the result of 3 years of heated negotiations within the Council. The imminent entry into force of the Lisbon Treaty was actually the most effective boost to reaching an agreement, under pressure of the foreseen eradication of the third pillar, along with the intergovernmental nature of its legal sources. MITSILEGAS, Valsamis. The Third Wave of Third Pillar Law. *European Law Review*, 2009, p. 523.

⁴⁰ See Art. 7(1)(2) of Framework Decision 2008/909/JHA, which reflects corresponding provisions included in most of EU secondary acts in this domain.

⁴¹ See Art. 9 of Framework Decision 2008/909/JHA. Art. 10 also allows for partial recognition and execution. In addition, Art. 11 provides for postponement of execution if the certificate is incomplete or non-correspondent to the judgment. Another key departure from the previous intergovernmental regime is the provision of strict deadlines for handling the procedure and issuing a final decision: see Articles 12(1)(2) and 15(1).

to adopt appropriate measures to form the basis on which their national judicial authorities will decide on the forwarding of a transfer request⁴². However, it does not provide any additional guidance on the precise scope and meaning of the rationale underpinning the judicial cooperation mechanism at stake, thereby leaving leeway for transposition at national level. Some useful hints can be extracted from Recital 9, which provides a list of possible criteria to be considered by the competent authorities, namely “the person’s attachment to the executing State, whether he or she considers it the place of family, linguistic, cultural, social or economic and other links to the executing State”.

This vague approach to the elusive notion of offenders’ rehabilitation and its assessment blurs the scope and content of the duties of cooperation incumbent upon the issuing and executing Member States.

In fact, despite and beyond the wording of this act, the formal link it establishes between offenders’ rehabilitation and prisoners’ transfer has been labelled as a façade veiling the managerial ambitions of the Member State over intra-EU mobility. The national governments’ will to add prisoners’ transfers to the list of EU instruments, imposing on other Member States – and in particular on those of origin – the responsibility for undesired Union citizens repeatedly arose during negotiations of the act⁴³. Recent statements by national political leaders⁴⁴ and existing pieces of research demonstrate that this underlying purpose represents a powerful engine for transfer procedures⁴⁵.

⁴² See Art. 4(6) of the Framework Decision.

⁴³ NEVEU, Suliane. *Le transfert de l’exécution des peines alternatives et restrictives de liberté en droit européen. A la recherche d’un équilibre entre intérêts individuels et collectifs*. Limal: Anthemis, 2016, p. 440.

⁴⁴ The most recent is the Italian Minister of the Interior Matteo Salvini, who has announced the transfer of 13 Romanian prisoners to their Member State of origin, proudly adding that “this is just the beginning”, as foreign offenders should always serve their sentence in their home country: <http://www.ilgiornale.it/news/cronache/rimpatriati-13-detenuti-romeni-salvini-questo-solo-linizio-1672721.html?fbclid=IwAR1R3sLlgOXQ-1c0th7GsX-zeTTf2xWozqY8CiAAc4Po5H0PtBVvwCni65nk>.

⁴⁵ See, in particular, the outcomes of the research project STEPS2 Resettlement: CANTON, Rob; FLYNN, Nick; WOODS, Joe. *Social Rehabilitation Through the Prison Gate*, available at <http://steps2.euopris.org/wp-content/uploads/2016/07/>

It has been highlighted accordingly that Member States are interested in reducing prison populations, along with the costs connected to detaining foreigners and their involvement in social rehabilitation programmes.⁴⁶ This cost-saving choice is reflected to some extent by the Framework Decision, which prioritises the effectiveness, rapidity and trend towards automaticity of the judicial cooperation mechanism, even to the detriment of a truly individualised assessment of the inmate's situation.

Firstly, Art. 6 lifts the traditionally compulsory criterion of the prisoner's consent to a transfer to the Member State of nationality in which the inmate habitually lives or to which he/she will be deported after serving the sentence or has fled or returned before the conclusion of the proceedings pending against them or following the conviction in the issuing State. Even though it is in line with the additional Protocol to the noted Convention of the Council of Europe on the transfer of prisoners, this normative choice marks a departure from the principle of individualisation of punishment. It offers leeway to judicial and ministerial authorities to presume that the transfer will be beneficial to the inmate, even if it is contrary to his/her will. As has been widely discussed in legal and criminological studies, tailoring the punishment to the individual is a key trigger for social rehabilitation. In other words, social rehabilitation inherently requires the engagement of the person involved. This entails the difficult assessment of several multi-faceted personal, institutional, social and legal converging factors, the importance of which is further exacerbated by the cross-border dimension of transfers outlined above⁴⁷.

Annex-4.12.-Workstream-3-Social-Rehabilitation-Through-the-Prison-Gate.pdf (accessed 7 April 2019).

⁴⁶ PLEIĆ, Marija. Challenges in Cross-Border Transfer of Prisoners: EU Framework and Croatian Perspective. In DUIĆ, Dunja; PETRAŠEVIĆ, Tunjica (ed.). *EU Law in Context. Adjustment to Membership and Challenges of the Enlargement*. Osijek: University Josip Juraj Strossmayer, 2018, p. 380.

⁴⁷ DURNESCU, Ioan; MONTERO, Ester; RAVAGNANI, Luisa. Prisoner transfer and the importance of the release effect. *Criminology and Criminal Justice*, 2017, p. 450. It has been pointed out that serving a sentence in the prisoner's State of origin does not amount to an automatic and non-rebuttable presumption of increased chances of rehabilitation: VERMEULEN, Gert et al., *Cross-Border Execution of Judgments Involving Deprivation of Liberty in the EU. Overcoming Legal and Practical Problems through Flanking Measures*. Anvers: Maklu, 2011, p. 55.

Secondly, the sentenced person has the right to express his/her opinion on the transfer and the authority of the issuing State must take this into account when deciding whether or not to complete the transfer. However, a negative opinion does not constitute grounds for rejecting recognition, and the Framework Decision does not attach clear consequences to it. Bearing in mind the hidden purposes of transfer procedures, this soft version of the right to be heard does not impose any substantial limit on the issuing authority's discretion.

Thirdly, from a complementary perspective, the prisoner's opinion is in any event deprived of substance, since the Framework Decision does not establish any obligation on the part of the domestic authorities to inform the person concerned⁴⁸. As confirmed by some studies,⁴⁹ the transfer - or even just an opinion about the possibility of being transferred - is a leap in the dark as to the detention conditions in the State in which the inmate will serve the sentence, the details concerning the specific detention facility of destination and the situation thereof. The same applies to the rules governing the execution phase abroad, particularly in relation to the precise scope of reductions and remissions in sentences and other measures intended to favour offenders' rehabilitation. It is no coincidence that, in its report of 2014, the Commission pointed out a generalised lack of information to the sentenced person, affecting the possibility of providing a reliable personal opinion⁵⁰.

Fourthly, the Framework Decision itself excludes that a failure to gather the prisoner's opinion or to obtain the submission of a reasoned opinion by the executing authority stating that the chances of

⁴⁸ At the same time, it must be underlined that some Member States have developed good practices in this regard. For instance, Italy, Romania and Spain provide EU prisoners with a booklet on the main features of transfer procedures and on the basics of a selected set of foreign criminal execution regimes.

⁴⁹ See DURNESCU, Ioan, *Obstacles and Solutions in the implementation of the FD 2008/909/JHA*, report of the STEPS2 Resettlement project, 2016, available at <http://steps2.euopris.org/wp-content/uploads/2016/07/Annex-4.6.-Workstream-1-Obstacles-and-Solutions-in-the-implementation-of-the-FD-2008909JHA.pdf> (accessed 27 March 2019).

⁵⁰ European Commission, Report on the implementation by the Member States of Framework Decisions 2008/909/JHA, 2008/947/JHA and 2009/829/JHA, COM(2014) 57 final, cit., p. 7.

resocialisation in that Member State would be poor “constitute a ground for refusal on social rehabilitation”⁵¹.

Lastly, the mechanism set by the Framework Decision does not attach any importance to possible gaps between the conditions of detention in the issuing and executing Member States⁵². Even though the authorities involved are expected to exchange information and to perform consultations, nothing in the Framework Decision suggests that this preliminary phase be focused on assessing this specific aspect, which might impact heavily on the prisoner’s situation.

2.3 FRAMEWORK DECISION 2008/947/JHA ON THE MUTUAL RECOGNITION OF PROBATION MEASURES AND ALTERNATIVE SANCTIONS

Framework Decision 2008/947/JHA applies to a varied panorama of judicial decisions imposing probation measures and alternatives to detention, with a view to their supervision in another Member State. This instrument is complementary to the transfer of prisoners and attempts to cover the cross-border dimension of non-custodial measures. By doing so, it fulfils two major tasks. On the one hand, it addresses the above noted reluctances in applying this kind of measure to foreigners; on the other hand, as is the case for Framework Decision 2008/909/JHA, it provides the opportunity to identify the best place for enforcing non-custodial or probation sentences in the EU Area of Freedom, Security and Justice.

At first sight, *mutatis mutandis*, this Framework Decision follows in the footsteps of the transfers of prisoners, since it overcomes the principle of territoriality of criminal law to facilitate the recognition of judicial decisions across the Union and the resulting movement of sentenced persons. In addition, it reiterates some key features of EU sources on the implementation of the principle of mutual recognition in criminal

⁵¹ See recital no. 10.

⁵² On this point see MARGUERY, Tony. Towards the end of mutual trust? Prison conditions in the context of the European Arrest Warrant and the transfer of prisoners. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 704.

matters, namely the abolition of the double criminality test for a series of offences, the pre-determination of the grounds for non-recognition and the minimisation of formalities⁵³. Framework Decision 2008/947/JHA also pursues the same objective, namely the maximisation of the chances of the sentenced person's social reintegration, by preserving "family, linguistic, cultural and other ties"⁵⁴. By enhancing intra-European supervision, the Framework Decision reduces the aforementioned risk of discriminatory treatment of foreign prisoners and engenders confidence in the implementation of alternatives to imprisonment across the Union, thereby also contributing to decreasing the use of incarceration and the prison population.

In addition, compared to the wording of Framework Decision 2008/909/JHA, the rationale underpinning this act is wider. As is clearly set out in Art. 1(1) and recital 8, mutual recognition of foreign probation and alternative measures is also aimed at safeguarding the victims and the general public as a whole. The basic assumption is that effective supervision and monitoring of compliance with probation measures and alternative sanctions are essential pre-conditions for mutual recognition itself to take place, since they secure the enforcement of the sentence and ultimately contribute to protecting public order. Again, the two intertwined drivers of judicial cooperation emerge: on the one hand, the individual dimension; on the other hand, the general interests of the Member States and of the EU Area of Freedom, Security and Justice as such.

The convergence of these two perspectives has modelled the Framework Decision accordingly. Firstly, in contrast to the system of transfers of prisoners, preliminary consultations between the issuing and executing judicial authorities are not intended to assess whether enforcement of the sentence abroad would facilitate the concerned person's social reintegration. Rather, Art. 15 encourages the competent authorities to engage in prior exchanges of information only with a view to simplifying "the smooth and efficient application of the

⁵³ NEVEU, Suliane. Probation Measures and Alternative Sanctions in Europe: From the 1964 Convention to the 2008 Framework Decision. *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 134.

⁵⁴ Recital 8.

Framework Decision”. Of course, in practice, the judicial authorities involved can expand the scope of this dialogue to a prior check on whether the transfer is actually beneficial to the sentenced person. However, this is left to their discretion and the wording of the relevant provision is illustrative of how social rehabilitation concerns have been modulated in accordance with the concurring objectives in the general interest.

This is also reflected in the absence of a provision such as Art. 4(2) Framework Decision 2008/909/JHA, according to which the issuing authority forwards the certificate and the judgment only insofar as it is satisfied that the enforcement of the sentence by the executing State would appropriately serve the purposes of that mechanism. It follows that both the issuing and executing authorities enjoy a wider margin of manoeuvre as to the commencement and conduct of the procedure, as well as to the significance of the interests at stake. In accordance with this approach, Framework Decision 2008/947/JHA neither considers an unsatisfactory prospect of social rehabilitation as a formal ground for non-recognition, nor includes any grounds for non-execution on the basis of fundamental rights violations.

Interestingly enough, when it comes to the role of the sentenced person, the Framework Decision marks a clear departure from the transfers of prisoners. Art. 5(1) provides that, as a rule, the certificate can be forwarded to the State in which he/she “is ordinarily and lawfully residing, in cases where the sentenced person has returned or wants to return to that State”. Even though the Framework Decision does not include any specific provision on obtaining the person’s consent and on his/her right to be heard, Art. 5(1) implies that, in practice, such an opinion should be properly verified. Of course, having returned to the Member State of residence does not amount to an absolute presumption of the will to serve the probation or alternative measure there, but it is still undoubtedly an important factor in the decision-making process. Any gap between this factual circumstance and the sentenced person’s actual will should in any event be carefully assessed by the judicial authorities involved, and in particular by the issuing one. In this respect, the absence of clear provisions on the right to be heard and on how and when during the procedure the opinion should be obtained could be detrimental

for the sentenced person⁵⁵. The normative decision might prove to be problematic also in light of the case law of the Court of Justice regarding the meaning of residence. In fact, in its case law concerning the European Arrest Warrant, the Court has acknowledged that this notion must be interpreted as an autonomous concept of EU law and that its reading must not be formalistic⁵⁶. According to the Court, the formal acquisition of residence rights pursuant to domestic law does not exhaust the scope of the notion of residence, which also includes those situations where a substantial and stable *de facto* connection with the host State has been established and can be demonstrated. Even though this stance refers to a specific provision of the Framework Decision on the European Arrest Warrant⁵⁷, the Court has rooted it on the solid basis of the principle of non-discrimination⁵⁸, an overarching general principle of the EU legal system according to which no differential treatment is, in principle, allowed in comparable circumstances. It follows that the same substantial approach should be followed in relation to other judicial cooperation mechanisms, also with a view to striking a proper balance between individual rights and the full effectiveness of relevant EU legislation.

This criticism is further exacerbated by the lack of guidance concerning the right to information. As occurs for the transfers of prisoners, enforcement abroad can amount to a leap in the dark with regard to the legal regime of probation and alternative measures in the State of enforcement and its implications for the person concerned. The studies carried out so far have highlighted the significant degree of

⁵⁵ The lack of appropriate safeguards has been pointed out by DURNESCU, Ioan. Framework Decisions 2008/947 and 2009/829: State of Play and Challenges. In *ERA Forum*, 2017, p. 355.

⁵⁶ Court of Justice, judgment of 17 July 2008, case C-66/08, *Kozłowski*; judgment of 6 October 2009, case C-123/08, *Wolzenburg*.

⁵⁷ In particular, Art. 4(6) of Framework Decision 2002/584/JHA, on which see *infra*, para. 3. This provision differs from the wording of Framework Decision 2008/947/JHA in that it expressly refers to persons residing or staying in the Member State that is called upon to execute a request for surrender. However, it is contended that this divergence does not affect the need to avoid a formalistic interpretation of the notion of residence.

⁵⁸ MARGUERY, Tony. EU Citizenship and European Arrest Warrant: The Same Rights for All?. *Utrecht Journal of International and European Law*, 2009, p. 84.

fragmentation of domestic legal orders in this domain, which amplifies the risk (perhaps *prima facie* consensual but even so) of unformed transfers⁵⁹. This argument raises structural concerns on the coherence of this judicial cooperation mechanism, as being unfamiliar with the probation and supervision system of the State of transfer could have major consequences on the compliance with the relevant judicial measures and affect their inherent rationale.

These elements have led some commentators to consider that this Framework Decision is not immune from the shadow purpose of allowing the issuing State to use transfers as an instrument for controlling migration, with a view to disposing of undesired Union citizens⁶⁰. Such concerns appear to be well-founded, also in light of the practice of the Member States. However, it might not entirely be the case, or at least the normative choices are not as critical as those made for transfers of prisoners, especially when one compares the features of this act with Framework Decision 2008/909/JHA and considers the structural differences between custodial and non-custodial measures. Still, mutual recognition of probation and alternative measures reiterates the EU's approach to the notion of social rehabilitation, where a balance has to be struck between the positive outcomes of a fruitful path towards resocialisation and the Union and State-centred ambitions of establishing an effective and quasi-automatic system of judicial cooperation⁶¹.

Bearing in mind this twofold approach, the analysis now moves on to consider whether it is also reflected in the case law of the Court of Justice interpreting judicial cooperation mechanisms governing various forms of cross-border surrender or transfer. Therefore, the following paragraph provides an overview of the stance taken by the Luxembourg

⁵⁹ See, for instance, the information provided by the European Prison Observatory, accessible at www.prisonobservatory.org.

⁶⁰ KNAPEN, Marije. Implementation of Framework Decisions on the Enforcement of Foreign Criminal Judgments: (How) Can the Aim of Resocialisation be Achieved?. In GROENHUIJSEN, Mark; KOOIJMANS, Tijs; DE ROOS, Theo (ed.). *Fervet Opus. Liber Amicorum Anton van Kalmthout*. Anvers: Maklu, 2010, p. 113.

⁶¹ MARTUFI, Adriano. The Paths of Offender Rehabilitation and the European Dimension of Punishment: New Challenges for an Old Ideal?. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 1.

Court in this domain so far, with some references to a line of cases adjudicated by the European Court of Human Rights.

3. CROSS-BORDER TRANSFER PROCEDURES AND SOCIAL REHABILITATION: THE CASE LAW OF THE ECtHR AND OF THE COURT OF JUSTICE

As we have seen, the ECHR and the EU legal system uphold different approaches to the notion of offenders' rehabilitation. On the one hand, within the system of the Convention, this concept imposes on the Contracting Parties a broad obligation of means with a view to facilitating the offenders' progression on a path towards resocialisation. Under this umbrella, the national authorities are also expected to avoid too harsh detention regimes and to adopt any proportionate measure to preserve the sentenced person's family and societal connections.

Whereas the body of cases concerning cross-border transfers pursuant to the 1983 Convention of the Council of Europe is very limited, a parallel set of judgments may provide indirect guidance on the possible duties incumbent upon the Contracting States in such situations. Over the years, the ECtHR has clarified that the choice of location of the detention facility is not a neutral one. In fact, besides stringent public order and public security considerations and specific needs regarding the detention conditions therein, the law enforcement authorities should not underestimate the distance placed between the prisoner and his/her family and societal environment. In fact, even though the exercise of *ius puniendi* is a monopoly of the public authorities and a key sovereign power, an appropriate and proportionate balance between the material features and effects of the coercive measure and the objective and subjective circumstances of the case must be struck. In this context, the decision to cast the prisoner away from his/her family must be carefully considered and scrutinised, as it may add manifestly disproportionate and unnecessary burdens amounting to a violation of the right to private and family life under Art. 8 of the Convention.

So far, these arguments have been used in relation to purely domestic cases and the ECtHR has not yet transposed them in the area

of cross-border transfers. However, this case law could trigger more stringent constraints in cases of cross-border transfers, particularly in those cases where they are carried out despite the sentenced person's dissent (or, at least, without his/her manifest consent).

In terms of the European Union, the jurisprudential interpretation of the notion of offenders' rehabilitation overcomes the dimension of individual rights and addresses the competing interests of the Member States and the Union, in terms of smooth and effective judicial cooperation. An insightful illustration of this complex scenario derives from two related and parallel lines of cases concerning the European Arrest Warrant and transfers of prisoners, respectively.

In relation to the former, the Court of Justice has been repeatedly called upon to provide the correct interpretation of Art. 4(6) of Framework Decision 2002/584/JHA. This provision applies to EAWs issued for the purposes of execution of a custodial sentence or a detention order and enshrines an optional ground for refusal of surrender "where the requested person is staying in, or is a national or a resident of the executing Member State and that State undertakes to execute the sentence or detention order in accordance with its domestic law". The Court has acknowledged that this provision is intended to preserve the prisoner's societal links, with a view to facilitating his/her resettlement after imprisonment⁶². Therefore, the issuing of a European Arrest Warrant does not imply blind execution, as surrender can be refused upon demonstrating the person's close formal and substantial connections with the host Member State of which he/she is not a national. At the same time, however, the Court has always paid due respect to the full effectiveness of the EAW system, thereby scaling down the scope of Art. 4(6) of Framework Decision 2002/584/JHA.

Firstly, it has clarified that the connection with the executing State must be significant, to such an extent that the national authorities are, in principle, allowed to limit the scope of application of this provision to periods of residence or stay of at least 5 years⁶³. In fact, the insertion of this criterion in a national law of implementation has been considered a proportionate means to strike a balance between individual claims and

⁶² Court of Justice, judgment of 5 September 2012, case C-42/11, *Lopes da Silva*.

⁶³ Court of Justice, judgment of 6 October 2009, case C-123/08, *Wolzenburg*.

systemic concerns on the actual grip of mutual recognition mechanisms. This stance has been harshly criticised, as it departs from the idea of a case-by-case assessment of each individual situation and injects into the system the serious risk of differential treatments based on mere - and only apparently neutral - quantitative factors⁶⁴.

Secondly, in a more recent case concerning the responsibilities of the executing State when triggering Art. 4(6) and refusing surrender, the Court has stressed the importance of the final part of this provision, according to which the competent authority in that State must undertake “to execute the sentence or detention order in accordance with its domestic law”⁶⁵. In this context, the Court of Justice has maximised the duty incumbent upon the executing authority to secure the enforcement of the sentence or detention order. First of all, the mere notification to the issuing State of the will to take over enforcement is not conclusive, insofar as such commitment has not been put into practice at the time the surrender is refused. In addition, the competent authority in the executing State must take all measures to secure the enforcement of the sentence. Before deciding on the application of Art. 4(6), the executing judicial authority must examine whether it is actually possible to execute the sentence in accordance with its domestic law. If the latter proves to be materially or legally impossible, the sole alternative available is the surrender of the person concerned.

The stance taken by the Court is understandable from a structural and EU-wide point of view, as it is aimed at avoiding the establishment of impunity loopholes in the European judicial space. From a theological perspective, *Poplawski* is a clear illustration of the opposing driving forces underlying Art. 4(6), its rationale and the EAW system as a whole.

⁶⁴ *Inter alia*, MONTALDO, Stefano. *I limiti della cooperazione in materia penale nell’Unione europea*. Naples: Editoriale Scientifica, 2015. See also MANCANO, Leandro. The Place of Prisoners in European Union Law?. *European Public Law*, 2016, p. 717.

⁶⁵ Court of Justice, judgment of 29 June 2017, case C-579/15, *Poplawski*. A second reference for a preliminary ruling was later issued by the same referring court with a view to submitting additional requests for clarifications to the Court of Justice. At the time of writing of this article, this *Poplawski II* case (C-573/17) is still pending, Advocate General Campos Sanchez-Bordona delivered his opinion on 27 November 2018.

By analogy, the same trajectory can be identified in the (admittedly very limited, so far) EU case law on cross-border transfers. In this context, the leading case is *Ognyanov II*⁶⁶, where the Court was asked to provide the correct interpretation of Art. 17 of Framework Decision 2008/909/JHA, concerning the coordination of the criminal execution regimes of the issuing and executing Member States. Art. 17(1) endows the executing authority with the primary and sole responsibility for governing the enforcement of the sentence issued abroad. This provision is clear-cut in describing the execution phases in the issuing and executing States as separate and complementary stages. In this vein, Art. 17(2) urges the executing authority to deduct the deprivation of liberty already served in another Member State from the total duration of the sentence. In fact, it is more than likely that enforcement has already commenced in the issuing Member State before the judicial cooperation mechanism is completed, or even prior to the very first steps of the procedure in the issuing State itself.

In this context, the key question raised to the Court was whether the deduction required in order to quantify the remaining post-transfer period of detention should include the (inevitably substantive) assessment of both the enforcement regime of the issuing Member State and the facts occurring during the first phase of enforcement, such as good conduct or the involvement in volunteering or work activities. The Court of Justice considered that the Framework Decision negates any overlap of competences: the cross-border enforcement of a sentence is based on a legal dividing line between the respective tasks and responsibilities of the authorities involved⁶⁷. As a consequence,

⁶⁶ Court of Justice, judgment of 8 November 2016, case C-554/14, *Ognyanov II*. I purposefully refer to *Ognyanov II*, although this specification is not included in the formal information on the case, since another preliminary reference had already been adjudicated by the Court of Justice on the very same proceedings *a quo*: Court of Justice, judgment of 5 July 2016, case C-614/14, *Ognyanov*.

⁶⁷ From this perspective, the AG Bot underlines the need to preserve the principle of territoriality in criminal law, which he considers an inherent expression of core aspects of national sovereignty, widely recognised by all Member States. Opinion of AG Bot, *Ognyanov*, cit., paras 79-81. The Court does not rest on this argument, at least *expressis verbis*, and prefers to lay out its

in the event of a more lenient regime in the executing State, any more favourable provision cannot operate retroactively. Rather, the scope of application of the said more beneficial measure is strictly limited to enforcement within the territory of the State of destination, as all remissions in sentence connected to the pre-transfer enforcement are to be considered solely by the issuing authority⁶⁸. Territoriality and the automaticity of mutual recognition are, in principle, preserved, but the vast separation drawn between the complementary sides of the cross-border enforcement of the same sentence have raised criticism on the actual capability of the mechanism established by Framework Decision 2008/909/JHA to achieve its own goals⁶⁹, in terms of the individualisation of punishment and the truly European and cooperative approach to the rehabilitation of sentenced persons. The Court of Justice seems to be best placed to address this concern, as long as the national judicial authorities resort to its interpretative guidance under Art. 267 TFEU. In particular, as outlined in the first part of the analysis, the equivalence clause of Art. 52(3) of the Charter could facilitate the development of a common understanding and an ECHR-like approach to enhancing offenders' rehabilitation through judicial cooperation mechanisms as a means for protecting human dignity, personal freedom and the right to family life,

Interestingly enough, the same normative approach characterises Framework Decision 2008/947/JHA, where the neat separation of tasks between the competent authorities in the issuing and executing Member States clearly derives from the combined interpretation of Articles 7, 13 and 14. Even though the Court has never been asked to deliver preliminary

line of reasoning based upon the wording of the Framework Decision. There again, the general scheme of the act at issue *de facto* identifies and protects the territorial competence of the issuing State and is intended to prevent territorial conflicts of law.

⁶⁸ Having said that, the issuing authority strikes back through Art. 17(3) of the Framework Decision, which endows it with the discretionary power to withdraw the certificate when it does not agree with the executing State's rules on early or conditional release.

⁶⁹ DDALMULIRA MUJUZI, Jamil. The Transfer of Offenders Between European Countries and Remission of Sentence. *European Criminal Law Review*, 2017, p. 289.

rulings concerning this act, it is more than likely that the stance taken in *Ognyanov II* can be reiterated, *mutatis mutandis*, for the cross-border enforcement of probation measures and alternative sanctions.

CONCLUSION

The notion of offenders' rehabilitation is inherently elusive and triggers multifaceted political priorities and normative choices. It was once confined to the realm of national sovereignty and the exercise of coercive powers by the domestic public authorities but this concept is now acquiring a supranational dimension, thanks to key international law sources on the protection of fundamental rights and on mutual legal assistance and advanced judicial cooperation in criminal matters.

Europe is a paramount example of this ascending scale of complexity of the components of punishment, since both the ECHR and the EU legal system are contributing to opening up the national secret garden of *ius puniendi*. In this respect, the ECHR does not provide a specific reference to offenders' rehabilitation, but the latter notion is deemed to be a corollary of several of its provisions, such as Articles 3, 5(1) and 8. The same situation characterises the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which does not include specific provisions on the aims of punishment. At the same time, the provisions of the ECHR noted above are precisely reflected in the Charter, which should then be interpreted in accordance with the Convention itself, in light of the convergence clause of Art. 52(3) of the Charter.

In such a supranational scenario, the overarching concern is to identify the obligations stemming from relevant sources of law and incumbent upon the States towards the individuals and the other States. In this regard, the European Court of Human Rights is gradually developing a line of cases in this domain and has acknowledged that the Contracting Parties are under an obligation of means to enact all measures which are adequate to and necessary for the engagement of an offender in a progression towards post-punishment resocialisation. Compared to this broad and blurred obligation of means, some provisions of EU secondary law - especially in areas of judicial cooperation in

criminal matters and Union citizenship - provide strict obligations of cooperation, which heavily impact the scope of the notion of offenders' rehabilitation. As the case of cross-border transfers demonstrates, the EU legislature has expressed a prevailing interest in the conduct of effective and quasi-automatic judicial cooperation procedures. From a systemic point of view, this normative stance is understandable and provides clear evidence of the progress made by the EU legal system. At the same time, the smooth functioning of cooperation mechanisms cannot obliterate individual safeguards. Cross-border transfers call into question several fundamental rights, ranging from the right to be heard and the right to be informed to the right to liberty and the right to family life. Nonetheless, transfer procedures have been designed to offer leeway to the competent authorities for prioritising their managerial ambitions concerning the allocation of responsibility for an undesired Union citizen to other Member States. This broad margin of manoeuvre is further exacerbated by the blurred essence and legal value of offenders' rehabilitation in the Union. The proposed convergence of interpretations between the ECHR and the EU legal order could contribute to adding substance to this notion in the framework of judicial cooperation mechanisms, in terms of a closer link to key provisions of the Charter.

REFERENCES

CANTON, Rob; FLYNN, Nick; WOODS, Joe. *Social Rehabilitation Through the Prison Gate*, available at <http://steps2.europris.org/wp-content/uploads/2016/07/Annex-4.12.-Workstream-3-Social-Rehabilitation-Through-the-Prison-Gate.pdf>. Accessed 7 April 2019.

COMBESSIE, Philippe *Ouverture des prisons jusqu'à quel point?*. In VEIL, Claude; LHUILIER, Dominique (eds). *La prison en changement*. Toulouse: Erès, 2000, p. 69.

DDALMULIRA MUJUZI, Jamil. The Transfer of Offenders Between European Countries and Remission of Sentence. *European Criminal Law Review*, 2017, p. 289.

DE WREE, Eveline; VERMEULEN, Gert; VANDER BEKEN, Tom. The Transfer of Sentenced Persons in Europe. Much Ado About Reintegration. *Punishment and Society*, 2009, p. 111.

DURNESCU, Ioan, *Obstacles and Solutions in the implementation of the FD 2008/909/JHA*, report of the STEPS2 Resettlement project, 2016, available at <http://steps2.euopris.org/wp-content/uploads/2016/07/Annex-4.6.-Workstream-1-Obstacles-and-Solutions-in-the-implementation-of-the-FD-2008909JHA.pdf>. Accessed 27 March 2019.

DURNESCU, Ioan. Framework Decisions 2008/947 and 2009/829: State of Play and Challenges. In *ERA Forum*, 2017, p. 355.

DURNESCU, Ioan; MONTERO, Ester; RAVAGNANI, Luisa. Prisoner transfer and the importance of the release effect. *Criminology and Criminal Justice*, 2017, p. 450.

FARALDO CABANA, Patricia. One step forward, two steps back? Social rehabilitation of foreign offenders under Framework Decisions 2008/909/JHA and 2008/947/JHA. *New Journal of European Criminal Law*, forthcoming.

FROMENT, Jean-Charles. Les avatars de la Convention sur le transfèrement de détenus en Europe. In CERÉ, Jean (ed.), *Panorama européen de la prison*. Paris: L'Harmattan, 2002, p. 33.

GARLAND, David. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

KNAPEN, Marije. Implementation of Framework Decisions on the Enforcement of Foreign Criminal Judgments: (How) Can the Aim of Resocialisation be Achieved?. In GROENHUIJSEN, Mark; KOOIJMANS, Tijs; DE ROOS, Theo (eds). *Fervet Opus. Liber Amicorum Anton van Kalmthout*. Anvers: Maklu, 2010, p. 113.

MANCANO, Leandro. The Right to Liberty in European Union Law and Mutual Recognition in Criminal Matters. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, p. 215.

MANCANO, Leandro. The Place of Prisoners in European Union Law?. *European Public Law*, 2016, p. 717.

MARGUERY, Tony. EU Citizenship and European Arrest Warrant: The Same Rights for All?. *Utrecht Journal of International and European Law*, 2009, p. 84.

MARGUERY, Tony. Towards the end of mutual trust? Prison conditions in the context of the European Arrest Warrant and the transfer of prisoners. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 704.

MARTUFI, Adriano. Assessing the Resilience of Social Rehabilitation as a Rationale for Transfer: A Commentary on the Aims of Framework Decision 2008/909/JHA. *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 43.

MARTUFI, Adriano. The Paths of Offender Rehabilitation and the European Dimension of Punishment: New Challenges for an Old Ideal?. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 1.

MCNEILL, Fergus. A desistance paradigm for offender management. *Criminology and Criminal Justice*, 2006, p. 39.

MELISSARIS, Emmanuel. *Theories of Crime and Punishment*. In DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana (eds). *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, 2014, p. 355.

MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and Transformation*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 222.

MONTALDO, Stefano. *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*. Naples: Editoriale Scientifica, 2015.

NEVEU, Suliane. Probation Measures and Alternative Sanctions in Europe: From the 1964 Convention to the 2008 Framework Decision. *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 134.

NEVEU, Suliane. *Le transfert de l'exécution des peines alternatives et restrictives de liberté en droit européen. A la recherche d'un équilibre entre intérêts individuels et collectifs*. Limal: Anthemis, 2016.

PLEIĆ, Marija. Challenges in Cross-border Transfer of Prisoners: EU Framework and Croatian Perspective. In DUIĆ, Dunja; PETRAŠEVIĆ, Tunjica (eds). *EU Law in Context. Adjustment to Membership and Challenges of the Enlargement*. Osijek: University Josip Juraj Strossmayer, 2018, p. 380.

ROSANÒ, Alessandro. Beshkov. Or the Long Road to the Principle of Social Rehabilitation of Offenders. *European Papers*, 2018, p. 433.

UGELVIK, Thomas. Seeing Like a Welfare State: Immigration Control, Statecraft, and a Prison with Double Vision. In AAS, Katja Franco; BOSWORTH, Mary (eds). *The Borders of Punishment. Migration, Citizenship, and Social Exclusion*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 183.

UGELVIK, Thomas. The Incarceration of Foreigners in European Prisons. In: PICKERING Sharon; HAM, Julie (eds). *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*. London and New York: Routledge, 2014, p. 107.

VAN KEMPEN, Piet Hein; YOUNG, Warren (eds). *Prevention of reoffending. The Value of Rehabilitation and the Management of High Risk Offenders*. 2014, Cambridge: Intersentia.

VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonia. *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

VERMEULEN, Gert et al., *Cross-border Execution of Judgments Involving Deprivation of Liberty in the EU. Overcoming Legal and Practical Problems through Flanking Measures*. Anvers: Maklu, 2011.

Informações adicionais e declarações dos autores

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor 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): o autor 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: 13/04/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/04/2019
- Avaliação 1: 07/05/2019
- Avaliação 2: 08/05/2019
- Decisão editorial preliminar: 11/05/2019
- Retorno rodada de correções: 30/05/2019
- Decisão editorial final: 04/06/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editores-associados: 2 (BC e PC)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MONTALDO, Stefano. Offenders' rehabilitation and the cross-border transfer of prisoners and persons subject to probation measures and alternative sanctions: a stress-test for EU judicial cooperation in criminal matters. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5 n. 2, p. 925-960, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.245>



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

La protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Especial referencia al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil

The protection of victims of gender violence in the Europe Union. Special reference to the mutual recognition of protection measures in civil matters

Katixa Etxebarria Estankona¹

Universidad del País Vasco/España

katixa.echevarria@ehu.eus

 <https://orcid.org/0000-0002-2744-8097>

RESUMEN: Las cifras de violencia de género son sobrecogedoras. Ante esta realidad, la Unión Europea no ha permanecido impasible y, aunque no cuenta con una base legal específica para actuar en el área de la violencia de género, ello no ha sido un obstáculo para luchar contra esta lacra, en tanto que elemento necesario para promover un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Con ese espíritu, en los últimos años se han adoptado instrumentos normativos para garantizar que las víctimas se puedan mover libremente en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y a hacerlo protegidas. La Directiva 2011/99/EU, sobre la Orden Europea de Protección, y el Reglamento 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, son muestra de ello. Ambos instrumentos, a través del principio de reconocimiento mutuo, garantizan el reconocimiento y ejecución en todo el territorio de la Unión de las medidas de protección de víctimas dictadas por un Estado miembro. Ambas normas regulan las mismas medidas y tienen prácticamente los mismos objetivos, pero con mecanismos de reconocimiento diferentes. En este trabajo examinamos el sistema de

¹ Profesora Agregada de Derecho Procesal, de la Universidad del País Vasco-España. Doctora en Derecho por la Universidad del País Vasco.

protección creado y enfocamos nuestro análisis en el Reglamento 606/2013, instrumento de cooperación judicial en materia civil y básicamente concebido como complemento de la orden europea de protección regulada por la Directiva 2011/99/EU.

PALABRAS CLAVE: violencia de género; Unión Europea; cooperación judicial; reconocimiento mutuo de resoluciones; medidas de protección.

ABSTRACT: *Gender violence figures are overwhelming. From this reality, the European Union has not remained impassive and, although it does not have specific legal basis to act in the gender violence area, this has not been an obstacle to fight against this scourge that crosses borders, since it is a necessary element to promote the Area of Freedom, Security and Justice. From that spirit, different regulatory instruments have been adopted during these recent years to ensure that victims can freely move through the Area of Freedom, Security and Justice, as well as to protect them. Directive 2011/99/EU, on the European Protection Order and Regulation 606/2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters are proof of this. Both instruments, on the basis of mutual recognition principle, guarantee the recognition and enforcement throughout the territory of the Union of protection measures for victims issued by a Member state. Directive and Regulation rule the same measures and have practically the same objectives, but based on different recognition mechanisms. In this paper we examine the protection system created and focus our analysis on Regulation 606/2013, instrument of judicial cooperation in civil matters that was basically conceived as a complement to the European Protection Order regulated by Directive 2011/99/EU.*

KEYWORDS: *Gender violence; European Union; judicial cooperation; mutual recognition of resolutions; protection measures.*

SUMARIO: Introducción; 1. El universo de protección de las víctimas creado por la Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección y el Reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil; 1.1. Directiva y Reglamento: objetivos comunes; 1.2. Origen de la duplicidad de regulaciones: la heterogeneidad en los modelos de protección de los Estados miembros; 1.3. El efecto de la doble regulación: la doble aplicación de Directiva y Reglamento; 2. El Reglamento (UE) 606/2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Una lectura crítica; 2.1. Objeto; 2.2. Ámbitos de aplicación;

2.3. Posible colisión con el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis); 2.4. Mecanismo de reconocimiento automático: el certificado civil; 2.5. Reconocimiento y ejecución en el Estado de destino; 2.6. Obligación de los Estados miembros de información de las normas, los procedimientos nacionales y las autoridades competentes; 3. El efecto reflejo del Reglamento 606/2013 en la Conferencia de la Haya; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

Las cifras de violencia de género en la Unión Europea son sobrecogedoras. Los resultados de la macro-encuesta realizada en el año 2014 por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), revela que –en los 12 meses previos a su realización–, en la Unión Europea, unos 13 millones de mujeres experimentaron violencia física y unos 3,7 millones fueron víctimas de violencia sexual, lo que representa el 2 % de las mujeres de entre 18 y 74 años de edad. De todas las mujeres con pareja (actual o anterior) encuestadas, el 22 % experimentaron violencia física y/o sexual por parte de la pareja desde los 15 años².

Ante esta realidad brutal, los Estados han abordado una política de lucha que ha traído cambios legislativos importantes. En el caso de España, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género³, marcó un hito en la lucha contra la violencia machista, creando los Juzgados de Violencia

² FRA-EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, p. 17. El informe recoge los resultados de una encuesta realizada a 42.000 mujeres de los 28 países de la Unión Europea. En ella se pedía a las mujeres que distinguieran entre los incidentes que hubieran podido sufrir desde los 15 años hasta el momento de realización de la entrevista y aquellos que hubieran ocurrido en los 12 meses anteriores a la misma.

Disponible en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-results-glance> Acceso: 19 marzo 2019.

³ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, «BOE» núm. 313, de 29/12/2004. Esta Ley Orgánica permitió ofrecer una respuesta integral frente a la violencia de

sobre la Mujer, con una competencia especializada en esta materia que supuso la unificación de cuestiones penales y civiles relacionados con la violencia sobre la mujer en un solo órgano, una nueva regulación de las medidas de protección de la víctima, así como una Fiscalía especializada.

Por su parte, la Unión Europea no se ha mantenido al margen. Desde el año 2004 ha comenzado a dar pasos decisivos en la lucha contra esta lacra que traspasa fronteras, diseñando programas de acción y estableciendo decisiones marco y Directivas. En concreto, son destacables la Decisión n° 803/2004/CE del Parlamento Europeo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II)⁴, la Decisión n° 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, por la que se establece, para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia⁵ y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁶. Los últimos instrumentos normativos en este sentido son la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección⁷ y el Reglamento (UE) 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil⁸.

Al mismo tiempo, no podemos olvidar el tan importante Convenio del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre

género, incluyendo medidas que atienden a aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención a la víctima, entre otros.

⁴ DOUE L 143-1, de 30.04.2004.

⁵ DOUE L 173-19, de 03.07.2007.

⁶ Por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. DOUE L 315/57, de 14.11.2012.

⁷ DOUE L 338-2, de 21.12.2011.

⁸ DOUE 181-4, de 29.06.2013.

prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica o más conocido como Convenio de Estambul⁹.

A pesar de que la Unión Europea no dispone de una base jurídica concreta y específica para actuar en el ámbito de la violencia de género, ello no ha supuesto un obstáculo para la aprobación de instrumentos normativos en este ámbito, en tanto que se trata de un elemento necesario para impulsar un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Desde que entrara en vigor el Tratado de Lisboa¹⁰, se ha realizado un esfuerzo en este sentido, en un intento de garantizar la libre circulación de personas y la igualdad entre mujeres y hombres¹¹. En el ámbito de la violencia de género se pretende garantizar la libre circulación de las víctimas frente a cualquier riesgo de sufrir una nueva agresión, pero ello obliga a los Estados a la cooperación judicial y al reconocimiento mutuo de sus resoluciones.

En este marco de Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en relación a la protección de las víctimas violencia de género, son dos los instrumentos que merecen una especial atención y a los que hemos hecho referencia anteriormente: la Directiva 2011/99 sobre la Orden Europea de Protección, así como el Reglamento 606/2013, sobre las medidas de protección en materia civil –en lo sucesivo, Directiva y Reglamento–. Ambas normas constituyen un reflejo del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, garantizando el mantenimiento de la protección de las víctimas reconocida por un Estado miembro, cuando la misma se desplace a otro Estado dentro del territorio de la Unión Europea.

⁹ Consejo de Europa, Treaty series n° 210, Estambul, 11V.2011. El tratado cuenta con la primera definición del concepto de violencia de género, partiendo del hecho de que se trata de una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación. Sus ejes fundamentales son la prevención de la violencia de género, la protección de sus víctimas y la persecución de los agresores, lo que ha de llevarse a cabo mediante políticas integrales y coordinadas que ofrezcan una respuesta global. España ratificó este convenio el 1 de agosto de 2014. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>

¹⁰ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, DOUE C 306/1, de 17.12.2007.

¹¹ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 39, p. 407-442, 2011, p. 430-431.

Directiva y Reglamento garantizan la libertad de movimiento¹² de las víctimas de violencia de género, cuando existe un riesgo para su vida, su integridad física, psicológica o sexual, su dignidad o libertad personal, con el reconocimiento de tres medidas de protección: la prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas en las que la víctima reside o frecuenta, la prohibición de cualquier tipo de contacto con la persona protegida y la prohibición de acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la prescrita¹³. Entre las dos normas existe una diferencia fundamental. Partiendo de una identidad material, mientras que la Directiva incluye medidas de carácter civil, el Reglamento hace lo propio con medidas cuyo carácter es civil, dando lugar a una complementariedad excluyente.

En el presente trabajo, trataremos de describir el universo de protección de las víctimas que, conjuntamente, han diseñado la Directiva y el Reglamento, su objetivo, características y consecuencias. A continuación nos centramos en una de esas normas, el Reglamento 606/2013 de medidas de protección en materia civil, con el objetivo de realizar un análisis crítico de sus previsiones, especialmente en aquellas cuestiones que pueden resultar controvertidas en cuanto a su aplicación. Nos adentramos en su articulado y conjunto de considerandos, tratando de poner sobre la mesa los elementos caracterizadores del reglamento, ámbitos de aplicación y el certificado como título habilitante para el reconocimiento y ejecución. Cerramos el trabajo con un capítulo dedicado a las consideraciones finales.

1. EL UNIVERSO DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS CREADO POR LA DIRECTIVA 2011/99/UE SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN Y EL REGLAMENTO (UE) 606/2013 RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL

1.1. DIRECTIVA Y REGLAMENTO: OBJETIVOS COMUNES

Como adelantábamos en párrafos anteriores, el Reglamento sobre la OEP y el Reglamento de protección en materia civil constituyen

¹² El derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros queda recogido en el art. 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

¹³ Arts. 5 de la Directiva y 6 del Reglamento.

dos elementos clave en el Espacio de Libertad y Seguridad y Justicia por lo que respecta a la protección de las víctimas de violencia de género. Si bien constituyen dos instrumentos aplicables a todas las víctimas¹⁴, independientemente de que se trate o no de víctimas de violencia de género, es evidente que, por el tipo de medidas de protección que ambas normas prevén, resulta éste el principal ámbito subjetivo de aplicación.

Se trata de dos instrumentos de reconocimiento mutuo, cuyo objetivo es hacer posible la libre circulación de víctimas dentro del marco de la Unión Europea¹⁵, garantizando una protección equivalente a la otorgada por el Estado miembro de origen a las víctimas con una dimensión transfronteriza. Por tanto, las víctimas de violencia de género a cuyo favor se reconoce una medida de protección en un Estado miembro podrán trasladarse, trabajar, viajar y residir en otro Estado miembro de forma libre, sin que el traspaso de fronteras implique una pérdida de protección¹⁶.

Es preciso añadir que, tanto la Directiva como el Reglamento parten de la propia legislación nacional de los Estados miembros, por lo que, en ninguno de los dos casos su objetivo es armonizar legislaciones. El principio de reconocimiento mutuo implica que dentro del aludido Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, las resoluciones dictadas por un Estado miembro –en este caso, se trata de la adopción de medidas de protección–, habrán de reconocerse y ejecutarse por aquél Estado miembro al que se desplace la víctima¹⁷. Por tanto, existe una relación de subsidiariedad o dependencia entre la OEP de la Directiva y el certificado

¹⁴ Tal y como indican el cdo. 9 de la Directiva y el cdo. 6 del Reglamento.

¹⁵ Arts. 21.1º TFUE y 3.2º TUE

¹⁶ Al respecto, cdos. 6 de la Directiva y 3 del Reglamento.

¹⁷ Según DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “El origen de la aplicación de este principio se sitúa en el ámbito de la libre circulación de mercancías, bienes y servicios en la Unión. Con la finalidad de salvar las diferencias existentes entre las regulaciones de los distintos Estados, en vez de optar por la armonización, o quizá más bien precisamente por las dificultades que ésta presentaba, se acudió a la aplicación del reconocimiento mutuo: cada Estado acepta y reconoce que la legislación de otro Estado miembro es equivalente a la propia”, El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, n. 22, p. 807-842, 2005, p. 808. Añade la autora que desde la “Cumbre de Tampere, constituye ya un lugar común referirse al principio de reconocimiento recíproco de resoluciones como la «piedra

civil del Reglamento, en relación a las medidas de protección que se dictan por el Estado de emisión o expedidor y las efectivamente ejecutadas por el Estado miembro de ejecución¹⁸.

Directiva y Reglamento comparten un mismo objetivo: proteger a una persona de peligros para su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual, a efectos, por ejemplo, de impedir cualquier forma de violencia de género o de violencia en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, como la violencia física, el acoso, la agresión sexual, el acecho, la intimidación u otras formas de coerción indirecta¹⁹. Y, para ello, incluyen un catálogo idéntico de medidas de protección. En concreto, tres tipos de medidas: (a) La prohibición o regulación de la entrada en el lugar en el que la persona protegida reside o trabaja o que frecuenta o en el que permanece de manera habitual; (b) la prohibición o regulación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, con inclusión de los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio; (c) la prohibición o regulación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la prescrita²⁰. Se trata de un conjunto de medidas de protección que, a pesar de no constituir un catálogo demasiado amplio²¹, sí comprende las situaciones que con más frecuencia se dan en la práctica y que suponen el común denominador de las regulaciones de los Estados miembros²².

angular» de la cooperación judicial entre los Estados de la Unión, tanto en materia penal como civil”, *ibid.*, p. 810.

¹⁸ Idea a la que se refiere, OLIVERAS JANÉ, Neus. La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. *Diario la Ley*, Madrid, n. 9334, p. 1-16, 2019, p. 4.

¹⁹ Cdo. 6 del Reglamento. En términos equivalentes, cdo. 9 de la Directiva.

²⁰ *Vid.*, apdos. a, b y c del art. 3.1 Reglamento y apdos. a, b y c del art. 5 Directiva.

²¹ A juicio de DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “sólo se ha incluido un catálogo muy exiguo de medidas de protección que se pueden reconocer y ejecutar en otro Estado miembro”, El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea: la directiva 2011/99, el reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Madrid, n. 38, p. 1-25, 2015, p. 3.

²² GARRIGA SUAU, Georgina. El Reglamento (UE) núm. 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al

Lo cierto es que se trata de dos instrumentos unidos por una relación de complementariedad excluyente²³ en virtud de la materia penal –ámbito de la Directiva– o civil –ámbito del Reglamento–. De manera que, si estamos ante medidas de protección a favor de la víctima adoptadas en un proceso penal, la vía de reconocimiento transfronterizo será la OEP prevista por la Directiva, mientras que si las medida tienen un carácter civil –tengamos presente que se trata medidas idénticas en uno y otro caso–, el instrumento aplicable será el Reglamento, cuya forma de reconocimiento consiste en la emisión de un certificado. Esta complementariedad excluyente reconocida por las dos normas, hace evidente que la correcta interpretación y aplicación del Reglamento exige una comprensión y lectura conjunta²⁴. Ambas normas crean un universo de protección que pretende abarcar de manera completa la distinta naturaleza que los Estados miembros han atribuido a las medidas de protección de las víctimas.

1.2. ORIGEN DE LA DUPLICIDAD DE REGULACIONES: LA HETEROGENEIDAD EN LOS MODELOS DE PROTECCIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Llama la atención que Directiva y Reglamento compartan objetivo y medidas de protección. Por lo que la cuestión a plantearse es si

reconocimiento de medidas de protección en materia civil. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 65, n. 2, p. 382-387, 2013, p. 383. Pero, como apunta OLIVERAS JANÉ, Neus, advierte que, a pesar de que “todos los Estados disponen de medidas de protección que coinciden con las tres prohibiciones contempladas en la Directiva o en el Reglamento (prohibición de entrar en determinadas localidades, prohibición de comunicación o de acercamiento), no existe una identidad total entre ellas”, *op. cit.*, p. 10.

²³ Cuestión a la que aluden los cdos. 5 y 10 de la Directiva y cdos. 8 y 9 del Reglamento. El cdo. 10 de la Directiva prevé que su ámbito de aplicación cubre las medidas de protección adoptadas en asuntos penales, dejando fuera las medidas adoptadas en materia civil. Por su parte, el cdo. 9 del Reglamento remite a la Directiva en el caso medidas de protección adoptadas en materia penal.

²⁴ En este sentido, REQUEJO ISIDRO, Marta. El Reglamento (UE) N° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *International Journal of Procedural Law*, Cambridge, vol. 5, n. 1, p. 51-70, 2015, p. 53-54. La autora añade que la pluralidad de instrumentos y la divergencia de los modelos nacionales de protección –civil, penal o incluso administrativo– legitima una cierta preocupación por la comprensión de ambos textos y el juego a que puedan dar lugar.

era necesaria una doble regulación. ¿No hubiera resultado más sencillo incluir en un único instrumento tanto medidas penales como civiles? Y lo cierto es que el proyecto inicial de la Directiva configuraba la OEP como un mecanismo con vocación de protección integral. La intención era extender los beneficios del instrumento al mayor número posible de víctimas, por lo que en la regulación de la Directiva se incluían tanto las medidas acordadas en un proceso penal, como las adoptadas por órganos jurisdiccionales civiles, en este último caso, con el único requisito de que la infracción de la medida conllevara consecuencias penales o pudiera desembocar en una privación de libertad para el infractor²⁵. Sin embargo, este planteamiento no fue aceptado por los Estados, que ponían serios obstáculos a asumir un sistema en el que el reconocimiento mutuo supusiera que sus nacionales, sujetos a medidas de protección de carácter civil, pudieran ser sometidos a medidas de naturaleza penal, consecuencia de la ejecución de una OEP por otro Estado miembro²⁶. Por lo que, finalmente, se optó por separar materia civil y penal en instrumentos diferenciados²⁷.

Y es que, si reparamos en la base jurídica de cada norma, ésta es distinta. La Directiva encuentra su fundamento en el art. 82 del TFUE²⁸, que recoge el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en el marco de la cooperación judicial en materia penal y que incluye la aproximación de las disposiciones legales y regla-

²⁵ Vid. Iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Orden Europea de Protección. Exposición de motivos, 2010/0802 (COD), de 22.01.2010, p. 14, apdo. 5.2.

²⁶ Como indica la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, COM (2011) 276 final, 2011/130 (COD), de 18.05.2011, p. 3, “durante las negociaciones se hizo evidente que los mecanismos utilizados en este instrumento, basado en el art. 82 TFUE, referido al reconocimiento en materia penal, no es compatible con los ambiciosos estándares de reconocimiento mutuo alcanzados en materia civil, regulada por el artículo 81 TFUE”.

²⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, tilda de “chapuza” la doble regulación penal y civil, “de una materia que, perfectamente podía haber quedado regulada en la OEP”, La protección jurisdiccional contra la violencia de género. In: ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; OTAZUA ZABALA, Goizeder (dirs.). *Justicia con Ojos de Mujer. Cuestiones procesales controvertidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 348.

²⁸ Algo que reconoce el cdo. 2 de la Directiva.

mentarias dictadas por los Estados miembros en este sentido; mientras que el Reglamento, por su parte, se apoya en el art. 81.1 del TFUE²⁹, relativo a la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Sin embargo, este diferente fundamento entre uno y otro instrumento, no ha de resultar decisivo para una doble regulación³⁰.

Realmente, el criterio determinante de la doble regulación, lejos de encontrarla en la base jurídica, nos lleva a la legislación de los Estados miembros en materia de protección de víctimas. En tanto que instrumentos de reconocimiento mutuo, ni el Reglamento ni la Directiva implican la modificación del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros –ni para adoptar medidas de protección, ni para llevar a cabo el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por otros Estados–³¹, que parten del respeto a las diversas tradiciones jurídicas³². Y ocurre que la realidad normativa de los Estados miembros es muy heterogénea³³. Concretamente, en materia de violencia de género, a

²⁹ Recogido por el cdo. 2 del Reglamento.

³⁰ De esta opinión, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *op. cit.*, p. 348.

³¹ Algo que al mismo tiempo, muestra “una renuncia de la Unión Europea a unificar y armonizar la normativa interna de los dichos Estados, especialmente la normativa penal”. OLIVERAS JANÉ, Neus, *op. cit.*, p. 4.

³² Cdo. 8 de la Directiva y cdo. 12 de la Directiva.

³³ La heterogeneidad en este ámbito de los ordenamientos de los Estados miembros, ha sido objeto de estudio de los proyectos *Poems* (*Protection Orders in the European Members States*, Programa Daphne, UE) y *Epogender* “*Gender Violence: Protocols for the protection of victims and effectiveness of protection orders. Towards an efficient implementation of Directive 2011/99/EU (2012-2014)*”, financiados en el marco del programa Daphne III, de la Comisión Europea. En el marco del proyecto *Poems*, se realizó un estudio comparativo de la legislación y práctica de los 27 Estados miembros afectados por la Directiva 2011/99/UE sobre la OEP en relación a las medidas de protección de las víctimas de violencia de género evaluando el impacto práctico de la legislación en este ámbito. La información sobre el proyecto y sus resultados están disponibles en: <http://poems-project.com> Acceso: 20 de marzo de 2019. Por su parte, *Epogender* se centró en elaborar indicadores que facilitarían la correcta transposición de la Directiva 2011/99/UE. Los resultados del proyecto *Poems* han sido publicados en VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna. *Mapping the legislation and*

pesar de que las tres medidas recogidas por la Directiva y el Reglamento se prevean por todos los Estados miembros, por una parte, no todas son específicas de violencia de género y, por otra, su naturaleza jurídica no siempre coincide³⁴. Precisamente, la diferente naturaleza jurídica de las medidas de protección en los Estados miembros ha sido el elemento que ha provocado una doble regulación.

La violencia de género ha sido tratada desde diferentes prismas por la regulación de cada Estado. En primer lugar, hay Estados que cuentan con una normativa específica y que definen de manera más o menos explícita el concepto de violencia de género. En este grupo se encuentran España, Francia Austria o Suecia³⁵. En segundo lugar, hay un grupo de Estados –Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Grecia, Portugal y Reino Unido, entre otros muchos Estados– que prevén un tipo de violencia vinculado al ámbito doméstico o familiar, sin hacer una mención especial a las mujeres; sin embargo, dentro de este conjunto, no todos los ordenamientos determinan el grado o ámbito subjetivo de protección, ni cuentan

assessing the impact of protection orders in the European member states. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2015. Por su parte, los resultados del proyecto *Epogender* se recogen en FREIXES SANJUÁN, Teresa; ROMÁN MARTÍN, Laura (dirs.); OLIVERAS I JANÉ, Neus; VAÑÓ VICEDO, Raquel (coords). *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*. Madrid: Tecnos, 2015. Accesible en versión española e inglesa en: <http://www.epogender.eu> Acceso: 20 de marzo de 2019. así como en FREIXES SANJUÁN, Teresa; ROMÁN MARTÍN, Laura (edits.). *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea*. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2014. También recoge un estudio sobre el tema, HESS, Burkhard. *Feasibility Study: the European Protection Order and the European Law of Civil Procedure*. Bruselas: Comisión Europea, 2011. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/index_en.htm Acceso: 20 de marzo de 2019.

³⁴ Ante esta opción, OLIVERAS JANÉ, Neus, cita, además, como dificultades a las que se hacer frente, entre otras, la inexistencia de una noción unívoca de violencia de género en todos los ordenamientos, los enfoques en los sistemas legales con la normativa específica en violencia de género o su inexistencia e incluso la propia naturaleza de las medidas previstas, *op. cit.*, p. 4 y 5.

³⁵ Suecia es el Estado que tiene un sistema jurídico de protección más amplio, en la medida que incluye a las víctimas más allá de la relación de afectividad e incluso a parejas del mismo sexo. *Vid.* MERINO, Víctor. La concepción de la violencia de género en los ordenamientos de los Estados miembros. In: FREIXES SANJUÁN, Teresa; ROMÁN MARTÍN, Laura (dirs.); OLIVERAS I JANÉ, Neus; VAÑÓ VICEDO, Raquel (coords), *op. cit.*, p. 51.

con los mismos parámetros³⁶. Una excepción dentro de este segundo grupo sería Hungría, que sí hace mención a las mujeres, pero las excluye de ser consideradas víctimas de violencia doméstica cuando no conviven con sus parejas, o siendo ex parejas, no hayan convivido nunca³⁷. Por último, el tercer grupo lo componen Estados que no tienen una legislación específica ni cuentan con una tipificación concreta de los delitos de violencia de género o sobre la violencia ejercida en el ámbito doméstico o familiar –entre los que se encuentran Alemania, Estonia, Letonia, Finlandia e Italia–. No deja de sorprender que Finlandia, uno de los países de la Unión Europea con mayores cifras de violencia de género, no tenga una Ley específica para combatirla; aunque dispone de una normativa que permite adoptar medidas de protección en el ámbito familiar, únicamente en la normativa procesal, no en el derecho penal o sustantivo³⁸.

Por lo que respecta a la naturaleza de las medidas de protección, efectivamente, la misma ha resultado definitiva para llegar a una duplicidad en la regulación de las medidas de protección. En algunos Estados miembros, las medidas de protección de la víctima tienen una naturaleza penal, lo que implica que son acordadas por órganos jurisdiccionales penales y a través de procedimientos penales. Se trata de medidas acordadas con un carácter cautelar o en el seno de una sentencia condenatoria. Es el caso de Chipre, España, Malta, Portugal o Polonia.

En España, las medidas de protección de las víctimas de violencia de género previstas por la Directiva y el Reglamento se acuerdan en un proceso penal y, con carácter general, son las primeras diligencias a adoptar y destinadas a proteger a las personas ofendidas y perjudicadas por la vía de los arts. 544 *bis* y 544 *ter* LECrim³⁹. Del mismo modo, las

³⁶ En el caso de Malta, quedarían fuera de esta consideración aquellas parejas que no hayan formalizado matrimonio o que no haya pasado más de un año desde el acto violento. *Ibid.*, p. 53.

³⁷ *Ibid.*, p. 55.

³⁸ *Ibid.*, p. 56.

³⁹ Los arts. 544 *bis* y 544 *ter* LECrim prevén dos tipos de orden de protección con una finalidad preventiva ante situaciones objetivas de riesgo para la vida, la integridad física o moral, la libertad, la libertad sexual, la libertad o seguridad de la víctima. Ambos preceptos incluyen en su catálogo de medidas de protección la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, la prohibición de comunicación, así como de aproximación. La diferencia entre

prohibiciones de residir o acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación o de contacto con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que se determinen por el juez o tribunal, también pueden ser acordadas en sentencia condenatoria en relación a los delitos previstos por el art. 57 CP⁴⁰. Por tanto, el ordenamiento español vincula las medidas a la materia penal.

Sin embargo, en otros Estados, las medidas de protección de la víctima tienen un carácter preferentemente civil y son acordadas por órganos jurisdiccionales de este mismo orden. Suele tratarse de medidas con una duración más corta y, con carácter general, suelen ir vinculadas juicios de familia –en los que se dilucidan cuestiones como divorcios, separaciones, relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas o régimen de alimentos de hijos e hijas–. Precisamente, son ordenamientos que, a diferencia de España, suelen situar la violencia de género en el ámbito del Derecho de familia y no en el penal. Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Francia, Luxemburgo, y Rumanía cuentan con medidas de protección de la víctima de naturaleza civil, dictadas en procesos civiles⁴¹. Los casos más paradigmáticos son los de Alemania y Austria, donde las medidas de protección –prohibición de entrar en ciertos lugares, de contactar o

ellas, además de en alguna cuestión de tipo procesal, estriba en que la orden de protección del art. 544 *bis* es genérica, frente al carácter específico de la prevista por el art. 544 *ter*, cuya aplicación estaría destinada a casos de violencia doméstica. Estas medidas se complementan con las previstas en los arts. 61-66 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género a la que hacíamos referencia al inicio de este trabajo. La orden de protección de la víctima de violencia de género española confiere un estatuto integral de protección a la víctima que incluye, no únicamente medidas de carácter penal, sino también otras de carácter civil o asistencial y se adoptan por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, órganos jurisdiccionales especializados en materia de violencia de género.

⁴⁰ El art. 57 Cp hace referencia a “los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico”.

⁴¹ Sobre esta cuestión, OLIVERAS JANÉ, Neus, *op. cit.*, p. 8 y 9. La autora señala que, a pesar de que en estos países se aplique prioritariamente medidas de naturaleza civil, ello no obsta para que la normativa penal sirva de apoyo –por ejemplo, ante el incumplimiento del agresor– o de forma subsidiaria.

acercarse– de víctimas de violencia de género se ubican en el Derecho civil, se acuerdan en procedimientos civiles y su ordenamiento no admite medidas de protección de carácter penal, “ni en la legislación procesal penal, ni en el catálogo de penas y medidas de seguridad”⁴².

Otro grupo de ordenamientos atribuye una naturaleza mixta –penal y civil– a sus medidas de protección, como ocurre en países como Italia, Hungría, Eslovenia, Eslovaquia o la República Checa⁴³.

Por último, es preciso señalar que muchos de los Estados mencionados, además de las medidas de protección civiles o penales que su ordenamiento prevé, incluyen medidas de urgencia (*barring orders*), que cuentan con un carácter complementario y provisional⁴⁴.

Por tanto, nos encontramos con un mapa de medidas ciertamente heterogéneo y complejo⁴⁵, cuya regulación determinará cuál será el cauce de aplicación del reconocimiento y ejecución transfronterizo, la Directiva o el Reglamento.

1.3. EL EFECTO DE LA DOBLE REGULACIÓN: LA DOBLE APLICACIÓN DE DIRECTIVA Y REGLAMENTO

Si bien, fundamentada en la heterogeneidad de los ordenamientos de los Estados miembros, la doble regulación de las medidas de protección a través de dos instrumentos diferenciados –Directiva, con un carácter penal y Reglamento, con naturaleza civil–, produce un efecto

⁴² TORRES, Nuria. Sobre las medidas de protección previstas en la Directiva. In: FREIXES SANJUÁN, Teresa; ROMÁN MARTÍN, Laura (dirs.); OLIVERAS I JANÉ, Neus; VAÑÓ VICEDO, Raquel (coords.), *op. cit.*, p. 86 y 87.

⁴³ A juicio de OLIVERAS JANÉ, Neus, este sería el modelo que “presentaría mayores ventajas, ya que permite aprovechar las capacidades, garantías y recursos propios de cada ámbito profesional; sin embargo, también ofrece riesgos que hacen temer por su efectividad práctica”, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁴ Con frecuencia, son medidas que consisten en la expulsión del domicilio y la prohibición de regreso por un reducido espacio de tiempo y son acordadas por la policía. Estados como Alemania, Austria, Luxemburgo, Italia, Hungría o la República Checa, entre otros.

⁴⁵ Para una visión general de este mapa, resulta interesante la tabla que refleja naturaleza de las medidas de protección en los Estados miembros de la Unión Europea, TORRES, Nuria, *op. cit.*, p. 89-90.

muy particular, la doble aplicación o aplicación cruzada⁴⁶. ¿Qué significa esto? Que dado el limitado ámbito objetivo de aplicación de la Directiva y el Reglamento, en función de la naturaleza penal o civil, hay Estados que, dado que su ordenamiento incluye las medidas de protección en el ámbito penal, sus autoridades deberán adaptarse al procedimiento previsto por la Directiva; es decir, habrán de emitir una OEP para que las víctimas puedan obtener un reconocimiento y ejecución transnacional de la medida acordada. Sin embargo, al mismo tiempo, habrán de reconocer y ejecutar medidas de protección acordadas por otros Estados de la Unión, que llegarán en forma de OEP –porque en el Estado de origen las medidas tienen un carácter también penal–, así como certificados civiles previstos por el Reglamento. Este esquema de aplicación también se reproduce a la inversa: hay Estados en los que las medidas de protección se adoptan en procesos civiles, luego sus autoridades no pueden emitir una OEP, pero sí expiden certificados civiles, al mismo tiempo que han de reconocer y ejecutar OEP como Estados de ejecución. Y el panorama se complica, si tenemos en cuenta que hay Estados con medidas de protección con carácter penal, pero también civil. Luego, en unas ocasiones emitirán OEP y, en otras, certificados. En consecuencia, podemos afirmar que, todos los Estados, necesariamente, independientemente de que sus ordenamientos prevean medidas de protección con carácter civil o penal, y aunque sea de modo parcial, habrán de aplicar tanto la Directiva como el Reglamento.

En España, teniendo en cuenta que las medidas de protección tienen un carácter penal, podría afirmarse⁴⁷ que es un Estado de emisión de OEP, pero será también receptor de peticiones de reconocimiento y ejecución de certificados civiles, así como de OEP expedidas en otros Estados. España ha traspuesto la Directiva a través de la Ley 23/2014,

⁴⁶ La denominación de aplicación “cruzada” es utilizada por OLIVERAS JANÉ, Neus, *op. cit.*, p. 6 y ROMÁN MARTÍN. *La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional*. Tesis doctoral. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2016, p. 240. Disponible en: <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/398708/TESI.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acceso: 23 de marzo de 2019.

⁴⁷ Decimos “podría afirmarse”, porque es una cuestión que aún no es del todo clara, como más adelante explicaremos.

de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea⁴⁸, haciendo posible la emisión, reconocimiento y ejecución de la OEP en el territorio del Estado, pero no se ocupa del procedimiento para el reconocimiento de las medidas de protección dictadas en procesos civiles. Resulta lógico que no se haya incluido en esta ley, dado que se trata de una norma que contiene el régimen aplicable en España en relación a instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, pero no civiles. No obstante, deberá afrontar una adaptación de su regulación para hacer efectivo el Reglamento, a pesar de su aplicación directa.

En Alemania se ha traspuesto la Directiva e implementado el Reglamento a través de una única norma, la Ley para los procedimientos de protección frente a la violencia en el ámbito europeo, de 5 de diciembre de 2014. La misma establece el procedimiento que permite que en su territorio se reconozcan y ejecuten OEP dictadas en otros Estados miembros y, al mismo tiempo establece el régimen de emisión de certificados civiles, pero también su reconocimiento y ejecución, cuando le llegan de otros Estados⁴⁹.

⁴⁸ Se ocupa de la transposición de la Directiva, GÓMEZ AMIGO, Luis. La Orden Europea de Protección y su aplicación en España, Madrid. *Revista General de Derecho Procesal*, Madrid, n. 43, p. 1-32, 2017. También, un estudio interesante en, DE HOYOS SANCHO, Montserrat. La orden europea de protección de víctimas: análisis normativo. In: ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat; RODRÍGUEZ MEDEL-NIETO, Carmen (dirs.). *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014*, de 20 noviembre. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 271-302; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. La protección jurisdiccional contra la violencia de género. In: ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; OTAZUA ZABALA, Goizeder (dirs.). *op. cit.*, p. 352-364; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. La orden europea de protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. In: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena; VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (dirs.). *La Orden de Protección Europea. La protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 40-58.

⁴⁹ Se trata de la *Gesetz zum Europäischen Gewaltschutzverfahren-EUGewSchVG*. Sobre la misma, DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea..., *op. cit.*, p. 20-22.

2. EL REGLAMENTO (UE) 606/2013, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL. UNA LECTURA CRÍTICA

2.1. OBJETO

Como hemos indicado al inicio, la adopción del Reglamento responde a la necesidad de complementar la Directiva sobre la OEP, en tanto que esta última cuenta con un ámbito objetivo limitado a las medidas de protección en materia penal. Así, el Reglamento se aplica a las medidas de protección dictadas en materia civil.

La norma comprende un conjunto de “normas relativas a un mecanismo sencillo y rápido para el reconocimiento de las medidas de protección dictadas en un Estado miembro en materia civil” –art. 1 Reglamento–, que se concreta en la emisión de un certificado. Y, al igual que la Directiva, están dirigida a la protección de personas cuya vida, integridad física o psíquica, libertad personal, seguridad o integridad sexual está en peligro, a efectos, por ejemplo, de impedir cualquier forma de violencia de género o de violencia en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, como la violencia física, el acoso, la agresión sexual, el acecho, la intimidación y otras formas de coerción indirecta –cdo. 6 Reglamento–⁵⁰, lo que hace posible, la circulación, en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, de las decisiones de protección adoptadas en los Estados miembros que, al mismo tiempo, no cuentan con sistemas que ofrecen soluciones homogéneas, ni en relación a la naturaleza ni al procedimiento aplicable⁵¹.

En este sentido, el Reglamento no impone a los Estados miembros la obligación de modificar sus sistemas jurídicos para acordar medidas de protección o de introducir el catálogo de medidas de protección en materia civil –cdo. 12 del Reglamento–, como tampoco se encarga de prever el procedimiento de reconocimiento y ejecución de la medida de

⁵⁰ Según REQUEJO ISIDRO, Marta, el texto del Reglamento “combina elementos nuevos y exclusivos con otros empleados en instrumentos recientes de Derecho Procesal europeo, en los que son representativos de una evolución que este Reglamento perpetúa”, *op. cit.*, p. 58.

⁵¹ *Ibid.*, p. 59.

protección en el Estado de destino. Al respecto, recordamos que, tanto la Directiva como el Reglamento constituyen dos instrumentos de reconocimiento mutuo, por lo que su objetivo no es armonizar legislaciones⁵². Pero, aún basándose en la confianza mutua, esta falta de armonización u homogeneidad entre legislaciones que abarcan cuestiones como medidas aplicables, legitimación, órganos competentes, condiciones de aplicación o procedimiento, entre otras, puede ser, a la larga, un importante escollo a salvar en la aplicación del Reglamento⁵³.

2.2. ÁMBITOS DE APLICACIÓN

Desde el punto de vista temporal, el Reglamento resulta aplicable desde el 11 de enero de 2015, a las medidas de protección adoptadas tras esta fecha, independientemente del momento en que se hubiera iniciado el procedimiento –art. 22 del Reglamento–. Y, por lo que respecta al ámbito de aplicación territorial, no tiene vigencia en Dinamarca, que no participó en su adopción–cdo. 41 Reglamento–.

En cuanto al ámbito material, éste ha de determinarse conjuntamente con la Directiva. Como ya hemos indicado, el Reglamento complementa la Directiva, en el sentido de crear un sistema completo, lo que implica que las medidas de protección no adoptadas en materia penal en el sentido de la Directiva, quedarían comprendidas en el Reglamento⁵⁴.

⁵² Idea que subrayan OLIVERAS JANÉ, Neus, *op. cit.*, p. 3-4 y GARRIGA SUAUE, Georgina, *op. cit.*, p. 383.

⁵³ *Vid.*, DE HOYOS SANCHO, Montserrat. Reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea..., *op. cit.*, p. 4.

⁵⁴ REQUEJO ISIDRO, Marta, *op. cit.*, p. 62 y 63. En este sentido, la autora aclara que procedería la aplicación del Reglamento en los supuestos en que la conducta que justifica la protección no esté tipificada en el Estado de origen, al tomar la Directiva como punto de partida la consideración como acto delictivo de la conducta que origina la necesidad de protección. Y recuerda, además, que la tipificación penal está en manos de los Estados miembros, algo que reafirma el propio art. 10 de la Directiva, al hacer posible la denegación de reconocimiento de la OEP cuando la medida que incorpora no esté tipificado como delito en el Estado de Ejecución. En la misma línea, DUTTA, Anatol, considera que se trata de un concepto abierto y manifiesta que en la interpretación del término “materia civil” del Reglamento debería

Al respecto, el cdo. 10 del Reglamento, indica que el concepto debe interpretarse de modo autónomo, conforme a los principios del Derecho de la Unión Europea, sin acudir a la legislación nacional⁵⁵. Por otro lado, la naturaleza civil, administrativa o penal de la autoridad de expedición no debería ser determinante para evaluar su carácter civil. Ello nos lleva a analizar la materia civil desde un punto de vista estrictamente procesal, entendiendo que son medidas protección civiles aquellas que han sido acordadas fuera de un proceso penal. De hecho, el propio texto de la propuesta de Reglamento literalmente mencionaba las “órdenes de protección dictadas en procesos civiles”⁵⁶.

considerarse la Directiva, teniendo en cuenta su complementariedad y alude a la idea de “calificar como medida en materia civil toda medida de protección que no se dicte en un procedimiento penal y que, por tanto, no esté sujeta a la Directiva”, Medidas de protección transfronteriza en la Unión Europea. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, n. 14-15, p. 141-157, 2014-2015, p. 145.

⁵⁵ Es decir, no habría de tenerse en cuenta la legislación nacional en cuanto a la determinación de la materia civil. Al respecto, la jurisprudencia del TJUE sólo podría aplicarse de forma limitada y teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial en torno al Reglamento Bruselas II bis. No obstante, de forma reiterada, en relación a la orden de acogimiento del menor fuera de su domicilio, el Tribunal ha manifestado que la atribución de competencia a las autoridades públicas que puedan incidir en ámbitos de Derecho privado no es determinante para su consideración como materia civil o no civil; el TJUE, considera que puede considerarse materia civil, a pesar de que dicha decisión haya sido adoptada en el marco de normas de Derecho Público. Entre otras, Sentencia TJUE (Gran Sala), de 27 de noviembre de 2007, as. C-435/06), ECLI:EU:C:2007:714, apdo. 54. En el mismo sentido, más reciente, TJUE (Sala Tercera), de 27 de noviembre de 2016, as. C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819, apdo. 32. Jurisprudencia citada, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0092> Acceso: 24 de marzo de 2019.

⁵⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, COM (2011) 276 final, 2011/130 (COD), de 18.05.2011, p. 3. Además, añade que una de las características de estas medidas es que “en caso de incumplimiento de su obligación, la persona causante del riesgo está directamente sujeta a una sanción, a menudo, penal”. LAINZ, JOSÉ LUIS, entiende que el Reglamento propone un concepto de medida de protección civil adaptable a cualquier legislación con el único requisito de la “necesaria descontextualización de un concreto proceso penal”, Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas

Las medidas de protección cuyo reconocimiento y ejecución se pretenda, tal y como establece el art. 3.1 del Reglamento, habrá de imponer una o varias de las siguientes obligaciones a la persona causante de un riesgo, con el fin de proteger a otra persona cuando su integridad física o psíquica puedan estar en peligro: (a) “la prohibición o regulación de la entrada en el lugar en el que la persona protegida reside o trabaja o que frecuenta o en el que permanece de manera habitual”; (b) “la prohibición o regulación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, con inclusión de los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio”; y (c) “la prohibición o regulación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la prescrita”. Si bien se trata prohibiciones o restricciones coincidentes con las reguladas por la Directiva –*vid.* apdos. a, b y c del art. 3.1 Reglamento y apdos. a, b y c del art. 5 Directiva–, apreciamos que el Reglamento habla de persona causante de un “riesgo”, un concepto más amplio que el manejado por la Directiva, que hace referencia a la persona causante del “peligro”. Ello podría indicar que no es exigible una lesión de los bienes jurídicos protegidos por la norma, sino únicamente un riesgo o peligro potencial, apuntando al objetivo preventivo de la medida de protección civil. De hecho, la Directiva toma en consideración la calificación como delito de la conducta que da lugar a la necesidad de la medida de protección, algo que no exige el Reglamento⁵⁷.

El Reglamento resulta aplicable a las medidas de protección dictadas por órganos tanto jurisdiccionales como administrativos⁵⁸, siempre

de protección en materia civil. *Revista de Derecho de Familia*, Madrid, n. 62, p. 1-33, 2014, p. 4. El autor añade que la medida de protección civil se desenvuelve en un proceso no penal, independientemente de si el hecho constituye o no delito, *ibid.*, p. 5. En el mismo sentido, DUTTA, Anatol, *op. cit.*, p. 146. Sobre este tema, también SERRANO MASIP, Mercedes. Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea. In: ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GÉZURAGA, Ixusko; OTAZUA ZABALA, Goizeder (dirs.), *op. cit.*, p. 415-417.

⁵⁷ Lo apunta, REQUEJO ISIDRO, Marta, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁸ El Reglamento ha tenido en cuenta la realidad jurídica de los diferentes Estados. De hecho, en Grecia, Países Bajos y Eslovaquia tienen competencia para acordar este tipo de medidas algunos órganos de naturaleza administrativa o gubernativa. “En los Países Bajos, además de la autoridad judicial, pueden emitir órdenes de protección autoridades como el alcalde, el Ministro

y cuando ofrezcan garantías por lo que respecta, en particular, a su imparcialidad y al derecho al recurso de las partes. No obstante el Reglamento excluye expresamente las decisiones adoptadas por autoridades policiales, que en ningún caso podrán ser consideradas autoridades de expedición –cdo. 13 del Reglamento–. Por lo tanto, medidas como el abandono del domicilio o la prohibición de regreso por unos días que la policía puede acordar en algunos Estados, no serían objeto de reconocimiento y ejecución⁵⁹ (*barring orders*).

Por último, es preciso apuntar que “sólo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutorio de la medida de protección” –art. 4.3–. Es decir, no se atribuye a las medidas más efectos de los que éstas tengan en el Estado miembro de origen⁶⁰.

2.3. POSIBLE COLISIÓN CON EL REGLAMENTO 2201/2003 (BRUSELAS II BIS)

El cdo. 11 y art. 2.3 del Reglamento⁶¹, recuerdan que éste no se aplicará a las medidas de protección que entren dentro del ámbito del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁶². Sin embargo, nos pueden

de Justicia, el director de un centro penitenciario o de un centro psiquiátrico (en estos últimos casos, vinculadas a una medida de libertad condicional), si bien en supuestos muy concretos. En Eslovaquia, al margen de los jueces, los fiscales y la policía, parece que también disponen de esta potestad las autoridades administrativas.” CERRATO, Elisabet. Sobre el procedimiento para la adopción de las medidas de protección. In: FREIXES SANJUÁN, Teresa, ROMÁN MARTÍN, Laura (dirs.); OLIVERAS I JANÉ, Neus; VAÑÓ VICEDO, Raquel (coords), *op. cit.*, p. 103.

⁵⁹ En Alemania y Austria, sus “Leyes de policía” prevén este tipo de medidas de protección temporal de las víctimas. DE HOYOS SANCHO, Montserrat. Reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea..., *op. cit.*, p. 9.

⁶⁰ En este sentido, DUTTA, Anatol, *op. cit.*, p. 149.

⁶¹ Y, del mismo modo, cdo. 34 y art. 2.3 de la Directiva.

⁶² Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, DOUE L 338, de 23.12.2003.

asaltar los interrogantes, cuando la medida de protección en cuestión es en relación a una persona menor que consista en una orden de alejamiento o prohibición de comunicación. En este caso, ¿sería aplicable el Reglamento 2201/2003 o, por el contrario, el Reglamento 606/2013?

En este sentido, nos podemos encontrar ante medidas que consistan en órdenes de alejamiento impuestas a los progenitores con respecto a sus hijos e hijas, que estarían referidas, por tanto, a “la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental” (art. 1.1 b) Reglamento Bruselas II *bis*), cuya ejecución queda regulada por los arts. 21-52. Así, pudiera entenderse que resulta aplicable el Reglamento 2201/2003, dada su relación con la responsabilidad parental⁶³, y más teniendo en cuenta que el TJUE ha interpretado de forma amplia “el interés del menor”⁶⁴.

Sin embargo, no creemos que la respuesta sea en absoluto clara. Consideramos fundamental tener en cuenta el objeto del Reglamento 606/2013, que consiste en la protección de cualquier persona, pudiendo ser esta una persona menor cuya vida, integridad física o psíquica, libertad personal, seguridad o integridad sexual se encuentra en peligro. Evidentemente, surgirán dudas en torno a la aplicación, pero creemos que habríamos de decantarnos por el Reglamento que resultase más favorable a la persona protegida y, en tanto que el reconocimiento y ejecución de la medida de protección vía Reglamento 606/2013 no exige *exequatur* en ningún caso, debería ser éste el aplicable⁶⁵. Por otro lado, la base jurídica el Reglamento 2201/2003 lo constituye el correcto desarrollo físico, intelectual y psíquico de la persona menor, en relación a la materia matrimonial y la responsabilidad parental, diferente al objeto del Reglamento 606/2013, que no es otro que la protección en el sentido antes indicado⁶⁶. Está claro que ambos

⁶³ Así lo entiende HESS, Burkhard, *op. cit.*, p. 33-35.

⁶⁴ Por todas, Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 26 de abril de 2012, as. C-92/12, ECLI:EU:C:2012:255, apdos 60 y ss y TJUE (Sala Tercera), de 27 de noviembre de 2016, *cit.*, apdo. 37.

⁶⁵ DUTTA, Anatol. *op. cit.*, p. 153. El autor sería partidario “abrir ambos instrumentos y permitir que la persona protegida elija”.

⁶⁶ Quedarían excluidas medidas que, a pesar de tener como objeto la protección, tengan relación con el ámbito matrimonial o la responsabilidad parental –que habrían de regirse por el Reglamento Bruselas II *bis* (art. 1.3 y cdo.

instrumentos deberán coexistir y será la práctica la que irá estableciendo los contornos de aplicación de uno y otro⁶⁷. Vemos perfectamente posible que, en la práctica nos podamos encontrar con casos en los que el propio agresor pudiera beneficiarse de esta coexistencia y la procedencia de la indeterminación en la aplicación de uno u otro Reglamento como pretexto para solicitar la revocación de la medida.

2.4. MECANISMO DE RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO: EL CERTIFICADO CIVIL

El reglamento establece un sistema de reconocimiento automático de la medida de protección que se concreta en la emisión de un certificado por la autoridad expedidora del Estado de origen –art. 4.1 del

11). Por ello, estaría incluidas, en relación al ámbito matrimonial, el divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial (art. 1.1 a) Reglamento Bruselas II bis), así como cuestiones derivadas de estas situaciones de crisis familiar; por lo que respecta a la responsabilidad parental, caerían también dentro de su ámbito, “la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”, y en particular, “a) al derecho de custodia y al derecho de visita; b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes” (arts. 1.1 b) y 2 Reglamento Bruselas II bis). RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, considera que quedaría fuera del Reglamento Bruselas II bis “cuando, aparte de haberse acordado el no reconocimiento o suspensión del régimen de visitas respecto de su descendencia (decisión en el ámbito de la responsabilidad parental), se le impusiera una medida de alejamiento o prohibición o regulación de sus comunicaciones con aquél, para impedir cualquier atisbo de reiteración en una situación de maltrato físico o psíquico”, *op. cit.*, p. 5 y 6.

⁶⁷ No cabe duda que en la práctica no será fácil la elección del instrumento normativo, lo que “exigirá ser muy precisos a la hora de analizar la verdadera base jurídica en la que se fundamentan las concretas medidas”, tal y como concluye, RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *op. cit.*, p. 6. VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, propone que “cuando se ejecuten las medidas civiles de protección en alguno de los Estados de la Unión Europea donde rigen estos Reglamentos, se deberá analizar el modo de compaginarlos, con el objetivo de aplicar de forma correcta la normativa aplicable a cada supuesto”, A propósito del Reglamento (UE) nº 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Valencia, n. 3, p.811-818, 2015, p. 814.

Reglamento—, que elimina por completo el *exequatur*⁶⁸. Ello hace posible el reconocimiento sin necesidad de un procedimiento especial posterior para su ejecutoriedad. A instancia de la víctima protegida, la autoridad de expedición del Estado miembro de origen emitirá un certificado, con el que aquélla podrá solicitar el reconocimiento y la ejecución de la medida de protección en cualquier Estado miembro. El mecanismo utilizado para ello es un certificado multilingüe, previsto por el Reglamento de ejecución n° 939/2014⁶⁹.

El art. 6 del Reglamento, establece como requisito de expedición que la persona contra quien se dicta la medida ha podido defenderse, residiendo, por tanto, el control de este extremo, en la autoridad de origen. Así, si se hubiera producido la rebeldía de la persona causante del riesgo, el art. 6.2 Reglamento exige la comunicación de la iniciación del procedimiento de conformidad con el Derecho nacional del Estado de origen, “con tiempo suficiente y de manera que le permita preparar su defensa”. En caso de que la medida de protección se hubiera dictado en el marco de un procedimiento que no disponga de la notificación previa de la persona causante del riesgo —art. 6.3 Reglamento—, la expedición del

⁶⁸ Es el mismo sistema utilizado por otros instrumentos, como el Reglamento (CE) n° 305/2004, del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, DOUE L 143, de 20.04.2004, el Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE L 7, de 10.01.2009 o el Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351/1, de 20.12.2012, basados en el reconocimiento mutuo.

⁶⁹ Reglamento de ejecución n° 939/2014 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2014, por el que se establecen los certificados previstos en los arts. 14 y 15 Reglamento (UE) n° 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, DOUE L 263, de 3.9.2014. El certificado resume la medida de protección que habrá de ser objeto de reconocimiento y ejecución, incluyendo los datos referentes a la autoridad que dictó la medida de protección y la que expide el certificado, información de la persona protegida, de la persona causante del riesgo, así como de la medida de protección en cuestión.

certificado únicamente será posible si aquella tuvo “derecho a impugnar la medida de protección”.

Trasladada la persona protegida al Estado miembro requerido, ella misma habrá de presentar ante la autoridad competente copia de la medida de protección que reúna los requisitos necesarios para que sea auténtica, el certificado expedido, con el contenido que el Reglamento exige y, en caso necesario, una transcripción o traducción del mismo –art. 4.2 Reglamento–.

Si comparamos el certificado civil con la OEP, apreciamos diferencias entre ambos. La Directiva requiere que la medida adoptada en el Estado de emisión se incorpore a instancia de la víctima en una OEP y que será transmitida por la autoridad competente de emisión a la autoridad del Estado en el que se deberá reconocer y ejecutar; es decir, este mecanismo implica una comunicación entre autoridades de dos Estados con una transmisión directa. En cambio, el certificado civil, se emite por la autoridad expedidora, pero habrá de ser presentada por la víctima⁷⁰, que será quien tenga que acudir ante la autoridad competente del Estado que reconozca y ejecute la medida. Para evitar la desprotección de la víctima, el Reglamento –art. 10– prevé la asistencia del Estado de origen, de manera que la autoridad expedidora le informará sobre la autoridad ante la que deberá solicitar el reconocimiento y ejecución⁷¹.

A diferencia de la OEP, los efectos del reconocimiento quedan limitados a un período de 12 meses, desde la fecha de expedición del certificado –art. 4.4 del Reglamento–, independientemente del establecido para la propia medida de protección, justificándose esta limitación en las situaciones de urgencia a las que se aplicará y la diversidad de medidas de protección de los Estados –cdo. 15 del Reglamento–. Si la

⁷⁰ Es decir, quien en última instancia decide si la medida se ejecuta es la propia víctima. Ello, en ocasiones, puede interpretarse como un beneficio para ésta, porque, si la medida consiste en una orden de alejamiento, será necesario informar a la persona causante del riesgo del lugar en el que se encuentra. Y, quizás, en estos casos, a la víctima le interese no presentar el certificado para solicitar el reconocimiento en tanto no resulte absolutamente necesario, evitando así dar pistas a su agresor.

⁷¹ Regla que impera en otros instrumentos de asistencia e información a las personas en posiciones jurídicas vulnerables, GARRIGA SUAUI, Georgina, *op. cit.*, p. 386.

duración de la medida excediese de ese período, finalizado el plazo de 12 meses, la persona protegida podrá invocar la medida de protección en el marco de cualquier otro acto jurídico de la Unión, o bien, solicitar una medida de protección nacional en el Estado requerido –cdo. 16 Reglamento–. En este punto, se abren interrogantes, al no prever la norma, si se perderá la protección hasta dictar una nueva medida o sería posible una prórroga interinamente.

Resulta lógico –art. 5.2 del Reglamento–, que, tratándose de medidas que se han de ejecutar en un contexto de “urgencia”, el certificado no pueda ser objeto de recurso⁷². Aunque el Reglamento sí prevé la posibilidad de solicitar una rectificación en los supuestos de error material o revocación –art. 9–, que, en la práctica, sería asimilable al recurso por motivos tasados⁷³.

La autoridad expedidora habrá de notificar a la persona causante del riesgo el certificado, así como los efectos de reconocimiento y la fuerza ejecutiva de la medida de protección en todos los Estados miembros. Pero, es importante subrayar que no podrán revelarse el paradero y otros datos de contacto de la persona protegida, excepto, evidentemente, si resultase necesario para cumplir o ejecutar la medida de protección.

2.5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL ESTADO DE DESTINO

En relación al reconocimiento y ejecución, el Reglamento renuncia a establecer procedimiento alguno, resultando aplicable el previsto por el ordenamiento del Estado de destino. Aún así, prevé dos motivos de oposición que la persona causante del riesgo puede alegar: (a) que el reconocimiento y la ejecución de la medida sean contrarios al orden público o (b) incompatibles con una sentencia dictada o reconocida en el Estado requerido. Se excluye expresamente la denegación basada en que el Derecho del Estado requerido no permite una medida de este tipo

⁷² Opción que, DE HOYOS SANCHO, Montserrat, considera cuestionable, El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea..., *op. cit.*, p. 10.

⁷³ REQUEJO ISIDRO, MARTA, *op. cit.*, p. 64.

fundada en los mismos hechos—art. 13—⁷⁴. En este punto, aclara el cdo. 32 que no debe autorizarse a los órganos jurisdiccionales a aplicar la excepción de orden público para denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida de protección, cuando esta denegación sea contraria a los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en especial a su art. 21. Supone esto que, para valorar cuestiones de orden público, será preciso analizar el ordenamiento del Estado miembro, pero también los límites impuestos por la Unión Europea. Aunque no parece lógico que, si se trata de una cuestión de “orden público” y que pudiera dar lugar a una vulneración de derechos fundamentales, únicamente pueda alegarse por la persona causante del riesgo y no pueda plantearse de oficio por el órgano jurisdiccional⁷⁵.

Por último, el Reglamento prevé la adaptación de la medida original de acuerdo a la ley del Estado requerido, en aquellos necesarios que fuera necesario para su efectividad. Aunque se trata de una posibilidad limitada, dado que existe una prohibición de revisión en cuanto al fondo —art. 13 del Reglamento—, y está referida únicamente a la ubicación general o la distancia mínima a guardar por la persona causante del riesgo. Se trata de una adaptación a la nueva ubicación geográfica, en casos, por ejemplo, de cambio de domicilio o lugar de trabajo. En este caso sí se reconoce la posibilidad de recurso, que corresponde tanto a la persona causante del riesgo como a la persona protegida —art. 11.5 del Reglamento—.

2.6. OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE INFORMACIÓN DE LAS NORMAS, LOS PROCEDIMIENTOS NACIONALES Y LAS AUTORIDADES COMPETENTES

Los Estados miembros, con el fin de poner la información a disposición del público, deben proporcionar, en el marco de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, una descripción de las normas y los

⁷⁴ Contrasta esta limitación de motivos con el art. 10 de la Directiva, que incluye un listado mucho más amplio de motivos de denegación y la posibilidad de recurso ante la denegación.

⁷⁵ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, *op. cit.*, p. 11. La autora tacha de “concepto jurídico indeterminado, elástico como pocos susceptible, por tanto de diversas interpretaciones”

procedimientos nacionales sobre las medidas de protección en materia civil, así como el tipo de autoridades competentes en relación a la expedición, reconocimiento y ejecución del certificado –ex arts. 17 y 18 del Reglamento–. Llama la atención que en el Portal Europeo de e-Justicia, la ficha de muchos Estados carece de información al respecto. Tratándose de una materia tan sometida a cambios y en la que es esencial conocer la normativa, procedimientos y autoridades, tanto en el momento de expedir un certificado, como a la hora de su reconocimiento y ejecución, consideramos inadmisibles que los Estados miembros no cumplan con esta obligación. Ello no supone sino un obstáculo en la aplicación efectiva del Reglamento y, en la protección de las víctimas.

Por lo que respecta a España, consultado el Portal Europeo de e-Justicia⁷⁶, el Estado ha informado que en su territorio “no hay órdenes de protección como las descritas en el Reglamento 606/2013 y por lo tanto no hay autoridades judiciales competentes para la emisión de esta orden y sus certificados en los términos del art 5 del reglamento”⁷⁷.

En relación a las autoridades competentes para dictar medidas de protección y expedir certificados, en coherencia con lo anterior, se ha informado que “en España no hay órdenes de protección como las descritas en el Reglamento 606/2013 y por lo tanto no hay autoridades judiciales competentes para la emisión de esta orden y sus certificados en los términos del art 5 del reglamento”. En cuanto a la autoridad ante las que ha de invocarse el reconocimiento del certificado

⁷⁶ Lo cierto es que muchos Estados no cumplen con la obligación de información recogida en el reglamento, lo que es constatable consultando los datos disponibles en Portal Europeo de e-Justicia: https://e-justice.europa.eu/content_mutual_recognition_of_protection_measures_in_civil_matters-352-es. do Acceso: 30 de marzo de 2019.

⁷⁷ No obstante, en la web del Prontuario de Auxilio Judicial Internacional civil se ha publicado la siguiente información: “Formas de transmisión: Ninguna en particular. Habrá que acomodar el procedimiento a las normas generales de ejecución de la ley de enjuiciamiento civil”. Ello implica que se tiene en cuenta el carácter civil atribuido a las medidas, por lo que procedería aplicar el procedimiento previsto para la ejecución de títulos judiciales con fuerza ejecutiva. Según RODRÍGUEZ LAÍNZ, José Luis, el cauce sería el recogido en el art. 523, con los trámites de los arts. 709 y 710 LEC o, como alternativa, el previsto para la adopción en medidas cautelares en el art. 727 7º LEC, *op. cit.*, p. 59

expedido por otro Estado miembro, o competentes para ejecutarlo, así como para proceder a la adaptación de las medidas –si ello resultara necesario–, de acuerdo con la información transmitida por España, es el “Juzgado de 1º Instancia o en su caso de Familia del domicilio de la víctima”. Y, por último, el órgano jurisdiccional ante el cual debe presentarse la solicitud de denegación de reconocimiento y ejecución es la Audiencia Provincial⁷⁸.

A juzgar por los vaivenes producidos en la información facilitada por España desde el año 2015 –ha sido modificada en tres ocasiones–, lo cierto es que da la impresión que las autoridades españolas no tienen demasiado claro si sus órganos jurisdiccionales pueden ser autoridades de expedición del certificado. A pesar de que, sin lugar a dudas, España es Estado emisor de OEP, dada la naturaleza penal de las medidas de protección de la víctima, no podemos rechazar la idea de que el ordenamiento también prevé ciertas medidas que pueden perfectamente cumplir con las exigencias del Reglamento para considerar, en ciertos casos, su carácter civil, sobre todo cuando se trata de menores de edad y personas con la capacidad judicialmente modificada⁷⁹.

3. EL EFECTO REFLEJO DEL REGLAMENTO 606/2013 EN LA CONFERENCIA DE LA HAYA

No queremos finalizar este análisis, sin hacer una breve referencia a los trabajos llevados a cabo por la Conferencia de la Haya para la creación de un instrumento internacional de reconocimiento y ejecución

⁷⁸ La información sobre normas, procedimiento aplicable y autoridades competentes en España ha sido actualizada a 17 de diciembre de 2018. Disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_mutual_recognition_of_protection_measures_in_civil_matters-352-es-es.do?member=1 Acceso: 30 de marzo de 2019.

⁷⁹ *Vid.*, al respecto, SERRANO MASIP, Mercedes. *Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea*. In: ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; OTAZUA ZABALA, Goizeder (dirs.), *op. cit.*, p. 419-416; y ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa. In: ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; OTAZUA ZABALA, Goizeder (dirs.), *op. cit.*, p. 394-398.

de órdenes de protección civil extranjeras, similar a la protección que en el espacio europeo llevan a cabo de forma complementaria la Directiva y el Reglamento.

En abril de 2011, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado agregó a la agenda de la conferencia “el tema de la reconocimiento de órdenes de protección civil extranjeras emitidas, por ejemplo, en el contexto de casos de violencia doméstica”. La conferencia distribuyó entre los Estados un cuestionario buscando datos estadísticos, información sobre las legislaciones nacionales e indicadores de aplicación⁸⁰.

En este sentido, la Conferencia ha manifestado su voluntad de adoptar un instrumento internacional destinado al reconocimiento de órdenes de protección civil, para lo que sería oportuna la utilización de un certificado estándar, e incluso se ha referido al desarrollo de un sistema de registro electrónico internacional, como mecanismo para verificar su autenticidad y ejecutividad.

La Unión Europea también ha tomado parte en este proceso, respondiendo al cuestionario remitido por la Conferencia. En la respuesta n° 21, se pronunciaba en un sentido favorable a la iniciativa planteada, aunque recomendando su extensión también al ámbito penal. Advierte que si la idea es la preparación de un instrumento mundial sobre el reconocimiento de las medidas de protección, los instrumentos existentes en la Unión Europea en este campo podrían constituir una fuente de evaluación del funcionamiento en la práctica.

Esta iniciativa manifiesta un objetivo común de protección de las víctimas, que no se limita al espacio de la Unión Europea y que es de aplaudir. Pero cuidado, la profusión de instrumentos en un panorama ya complicado en cuanto abundancia de normas aplicables, acarrea el riesgo de inaplicación de los operadores jurídicos por duda o desconocimiento.

⁸⁰ Toda la documentación sobre el curso de los trabajos está disponible en Hague Conference on Private International Law: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/protection-orders> Acceso: 24 de marzo de 2019. Vid. Conclusions and Recommendations, Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 april 2011), así como los *Draft Country Profile*.

CONSIDERACIONES FINALES

Es indiscutible que el marco diseñado conjuntamente por la Directiva con la OEP y el Reglamento a través del certificado civil, supone un avance sin precedentes en la protección transfronteriza de las víctimas, y muy especialmente de las víctimas de violencia de género. Con estos dos instrumentos se ha logrado construir un sistema completo de protección, independientemente de la naturaleza que los ordenamientos de los Estados miembros atribuyan a las medidas objeto de regulación. Mientras que la OEP garantiza el reconocimiento de medidas adoptadas en el seno de un procedimiento penal, el certificado hace lo propio con las medidas de protección procedentes de un procedimiento civil. Sin embargo, a pesar de ser un trabajo loable, no parece que los resultados de su aplicación hayan sido los que se esperaban⁸¹. Los datos más recientes a los que hemos podido acceder al escribir estas líneas están referidos a España, y reflejan que –en este Estado– se han emitido 29 OEP entre los años 2015 a 2017⁸², algo que, ciertamente, contrasta con las elevadas

⁸¹ Lo refleja un estudio realizado bajo la supervisión científica de OLIVERAS JANÉ, Neus y ROMÁN MARTÍN, Laura, a petición de la Unidad de Evaluación Ex Post de la Dirección de Evaluación de Impacto y Valor Añadido Europeo, de la Dirección General de Servicios de Estudios Parlamentarios (DG EPRS) del Parlamento Europeo. El equipo de investigación únicamente pudo localizar 7 OEP, a fecha de julio de 2017, dictadas desde la entrada en vigor de la Directiva: cuatro de ellas dictadas en España, dos en el Reino Unido y una en Italia. CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUTFI, Mariam; MERINO, Víctor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRE, Núria. *Orden europea de protección. Directiva 2011/99/UE, Evaluación europea de la aplicación*. Bruselas: Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2017, p. 19. Disponible en versión española en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_ES.pdf) Acceso: 4 de abril de 2019.

⁸² Los datos sobre OEP recibidas y emitidas en España pueden consultarse en la web del Consejo General del Poder Judicial. Disponible en: [Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 961-998, mai.-ago. 2019.](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cooperacion-con-organos-judiciales-extranjeros/Solicitudes-de-cooperacion-tramitadas-directamente-por-los-organos-judiciales/ Acceso: 4 de abril de 2019. Según los datos dados recogidos, de entre las 29 OEP emitidas entre los años 2015 a 2017, 2 lo fueron por Audiencias Provinciales, 19 por Juzgados de Violencia sobre la Mujer, 5 por Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, y 3 por Juzgados de lo Penal.</p>
</div>
<div data-bbox=)

cifras de violencia de género con las que abríamos este trabajo y refleja un uso esporádico de este instrumento. A pesar de que a día de hoy no existan mecanismos de seguimiento sobre la aplicación del Reglamento ni estudios que nos proporcionen datos a valorar⁸³, no creemos que la situación vaya a ser diferente.

Reglamento y directiva se enfrentan a un problema de base: la falta de armonización entre las regulaciones nacionales. Como hemos expuesto en páginas precedentes, las regulaciones nacionales de los Estados miembros son muy heterogéneas en lo que respecta a la protección de las víctimas de violencia de género. Los umbrales de protección previstos en este ámbito son muy diversos, pero no únicamente por lo que respecta a las medidas de protección proporcionadas, sino también en lo referente a los procedimientos y ámbito objetivo y subjetivo. Ello, definitivamente, no ayuda a la efectiva aplicación de los dos instrumentos. Hubiera sido preferible una mínima aproximación o armonización entre legislaciones previa, al menos en lo esencial, dado que ambas normas dejan un amplio margen de interpretación a los Estados. Porque es evidente que la efectividad del Reglamento no depende únicamente de su perfección técnica, sino también de la regulación prevista por los ordenamientos de los Estados miembros.

Por otra parte, el hecho mismo de la duplicidad normativa –Directiva y Reglamento–, que parte de una identidad material e idéntica finalidad, complica aún más el asunto. Este doble sistema de reconocimiento mutuo, sin lugar a dudas, constituye un elemento de confusión para las víctimas, que, en muchos casos, no cuentan con la información necesaria, así como para los órganos jurisdiccionales y, en general, para el resto de agentes jurídicos que intervienen en el procedimiento, tanto para expedir como para reconocer y ejecutar las medidas de protección. Sin lugar a dudas, lo ideal hubiera sido que un único instrumento hubiera regulado tanto las medidas con una naturaleza civil como penal.

⁸³ Algo que se pone de manifiesto en el citado trabajo, CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUTFI, Mariam; MERINO, Víctor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLÉ, Bettina; TORRE, Núria, *op. cit.*, p. 19-21.

REFERENCIAS

CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUTFI, Mariam; MERINO, Víctor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLÉ, Bettina; TORRE, Núria. *Orden europea de protección. Directiva 2011/99/UE, Evaluación europea de la aplicación*. Bruselas: Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2017. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu>

CERRATO, Elisabet. Sobre el procedimiento para la adopción de las medidas de protección. In: FREIXES SANJUÁN, Teresa, ROMÁN MARTÍN, Laura (dirs.); OLIVERAS I JANÉ, Neus; VAÑÓ VICEDO, Raquel (coords). *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 98-128.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid, n. 22, p. 807-842, 2005.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea: la directiva 2011/99, el reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Madrid, n. 38, p. 1-25, 2015.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. La orden europea de protección de víctimas: análisis normativo. In: ARANGÜENA FANEGO, Coral; DE HOYOS SANCHO, Montserrat; RODRÍGUEZ MEDEL-NIETO, Carmen (dirs.). *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 noviembre*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 271-302.

DUTTA, Anatol. Medidas de protección transfronteriza en la Unión Europea. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, n. 14-15, p. 141-157, 2014-2015.

ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa. In: ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; OTAZUA ZABALA, Goizeder (dirs.). *Justicia con Ojos de Mujer. Cuestiones procesales controvertidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

FRA-EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014. Disponible: <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-results-glance>.

FREIXES SANJUÁN, Teresa; ROMÁN MARTÍN, Laura (dirs.); OLIVERAS I JANÉ, Neus; VAÑÓ VICEDO, Raquel (coords.). *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*. Madrid: Tecnos, 2015. Disponible en: <http://www.epogender.eu>

FREIXES SANJUÁN, Teresa; ROMÁN MARTÍN, Laura (edits.). *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea*. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2014. <https://doi.org/10.17345/9788484243373>

GARRIGA SUAU, Georgina. El Reglamento (UE) núm. 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento de medidas de protección en materia civil. *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 65, n. 2, p. 382-387, 2013.

GÓMEZ AMIGO, Luis. La Orden Europea de Protección y su aplicación en España, Madrid. *Revista General de Derecho Procesal*, Madrid, n. 43, p. 1-32, 2017.

HESS, Burkhard. *Feasibility Study: the European Protection Order and the European Law of Civil Procedure*. Bruselas: Comisión Europea, 2011. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/index_en.htm

MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena. Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 39, p. 407-442, 2011.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. La orden europea de protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. In: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena; VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (dirs.). *La Orden de Protección Europea. La protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 40-58.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. La protección jurisdiccional contra la violencia de género. In: ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; OTAZUA ZABALA, Goizeder (dirs.). *Justicia con Ojos de Mujer. Cuestiones procesales controvertidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 352-364.

MERINO, Víctor. La concepción de la violencia de género en los ordenamientos de los Estados miembros. In: FREIXES SANJUÁN, Teresa; ROMÁN MARTÍN, Laura (dirs.); OLIVERAS I JANÉ, Neus; VAÑÓ VICEDO, Raquel (coords.). *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 46-56.

OLIVERAS JANÉ, Neus. La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. *Diario la Ley*, Madrid, n. 9334, p. 1-16, 2019.

REQUEJO ISIDRO, Marta. El Reglamento (UE) N° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *International Journal of Procedural Law*, Cambridge, vol. 5, n. 1, p. 51-70, 2015.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *Revista de Derecho de Familia*, Madrid, n. 62, p. 1-33, 2014.

ROMÁN MARTÍN, Laura. *La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional*. Tesis doctoral. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2016. Disponible: <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/398708/TESI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SERRANO MASIP, Mercedes. *Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea*. In: ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; OTAZUA ZABALA, Goizeder (dirs.). *Justicia con Ojos de Mujer. Cuestiones procesales controvertidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 409-428.

TORRES, Nuria. Sobre las medidas de protección previstas en la Directiva. In: FREIXES SANJUÁN, Teresa; ROMÁN MARTÍN, Laura (dirs.); OLIVERAS I JANÉ, Neus; VAÑÓ VICEDO, Raquel (coords.). *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 80-97.

VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna. *Mapping the legislation and assessing the impact of protection orders in the European member states*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2015.

VEGAS AGUILAR, Juan Carlos. A propósito del Reglamento (UE) n° 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Valencia, n. 3, p. 811-818, 2015.

Informações adicionais e declarações dos autores

Agradecimentos (acknowledgement): Trabajo desarrollado en el marco en el Proyecto de I+D DER 2015-70568 sobre “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial penal en el marco de la protección de víctimas de violencia de género”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad-España.

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: 14/04/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 16/04/2019
- Avaliação 1: 19/04/2019
- Avaliação 2: 27/04/2019
- Avaliação 3: 27/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 16/05/2019
- Retorno rodada de correções: 31/05/2019
- Decisão editorial final: 04/06/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa. La protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Especial referencia al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 961-998, mai./ago. 2019.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.239>



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

A implementação da Procuradoria Europeia – a emergência de um modelo de intervenção penal entre a cooperação e a integração penal?

The implementation of the European Public Prosecutor's Office – the emergence of a model of criminal intervention between cooperation and criminal integration?

Margarida Santos¹

Universidade do Minho – Braga/Portugal

msantos@direito.uminho.pt

 <http://orcid.org/0000-0001-5996-9850>

RESUMO: A intervenção penal da União Europeia tem sido marcada por um movimento de expansão, de intensificação “acelerada” e de proliferação de instrumentos jurídicos, sobretudo a partir do Tratado de Lisboa, acentuando as lógicas do reconhecimento mútuo, da cooperação e da harmonização. A União Europeia está a um passo de dar início a um exercício transnacional da ação penal, através da publicação do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia. Partindo da evolução e das metamorfoses sentidas na intervenção penal na União Europeia, sobretudo a partir do Tratado de Lisboa, que se pretendem dar conta num primeiro momento, pretende-se no presente trabalho sobretudo compreender o sentido e o alcance do Regulamento da Procuradoria Europeia, captando o novo modelo de intervenção penal que se perfilha no horizonte. Estaremos a um passo da integração penal, ou a materialização da Procuradoria Europeia dá apenas mais um passo neste caminho? Qual o seu contributo para um verdadeiro sistema de justiça penal? E neste caminho, deve a Procuradoria Europeia ver o seu âmbito alargado a determinados

¹ Doutora e mestre pela Escola de Direito da Universidade de Minho/Portugal. Editora-chefe do Journal of Forensic Sciences and Digital Investigation. Professora Auxiliar Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho.

“crimes graves com dimensão transfronteiriça”?

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção penal da União Europeia; Regulamento da Procuradoria Europeia; novo modelo de intervenção penal.

ABSTRACT: *The criminal intervention of the European Union has been marked by a movement of expansion, of intensive acceleration and proliferation of legal instruments, especially since the Treaty of Lisbon, emphasizing the logic of mutual recognition, cooperation and harmonization. The European Union is one step away from initiating a transnational criminal prosecution through the publication of Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'). On the basis of the evolution and metamorphoses felt in criminal intervention in the European Union, especially since the Treaty of Lisbon, which are intended to give an initial account, the main aim of this work is to understand the meaning and scope of the European Public Prosecutor's Regulation, capturing the new model of criminal intervention that is on the horizon. Are we one step closer to criminal integration, or is the European Public Prosecutor's Office just another step on this path? What is its contribution to a true criminal justice system? And on this path, should the European Public Prosecutor's Office see its scope extended to certain "serious crimes with a cross-border dimension"?*

KEYWORDS: *Criminal intervention in the European Union; Regulation of the European Public Prosecutor's Office; new model of criminal intervention.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A intervenção penal na União Europeia – evolução, metamorfoses e dimensões estruturantes; 2. A implementação da Procuradoria Europeia: um salto na construção de um modelo de integração penal?; 2.1. Da base constante do artigo 86.º sobre o TFUE ao texto final do Regulamento da Procuradoria Europeia; 2.2. O Regulamento da Procuradoria Europeia – traços gerais e perspectivas futuras; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Os tempos atuais têm sido marcados por um movimento de expansão da intervenção penal², circunstância a que o direito penal da União Europeia³, sobretudo “em nome da eficácia”⁴, não ficou imune.

Com efeito, o direito penal da União Europeia passou de uma área “livre” de integração a peça fundamental para a criação do espaço de

² De forma paradigmática sobre o fenómeno da expansão do direito penal nas sociedades pós-industriais, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., revista e aumentada. Madrid, Civitas, 2001, especialmente pp. 121 e ss.

³ Para uma descrição do significado doutrinal da expressão “direito penal da União Europeia”, ver, entre outros, já RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito penal Europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 14, nota 1. Vd, ainda, MONTE, Mário Ferreira. *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios Para a Sua Legitimação*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2009, p. 25, nota 3 e do mesmo Autor, *O sistema judicial europeu e o controlo jurisdicional em matéria penal: reflexões em torno do direito vigente e do Tratado de Lisboa*. IN: ANDRADE, Manuel da Costa, ANTUNES, Maria João, SOUSA, Susana Aires de (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 736. Refira-se, ainda, que de acordo com a doutrina maioritária não existe um direito penal supranacional da União Europeia com o sentido adotado pelo direito nacional, enquanto, por exemplo, ordenamento jurídico que elabora normas supranacionais de caráter substantivo, processual e executivo de aplicação direta pelos Tribunais, sem a mediação do legislador nacional. Tal como largamente aceite na literatura, o conceito de “direito penal da União Europeia” pretende incluir todas estas “manifestações”, influências do direito da União Europeia no ordenamento jurídico-penal nacional. Além disso, podemos acrescentar, numa visão mais ampla, que a “justiça penal europeia”, e socorrendo-nos da síntese clara de John Vervaele, é uma “... combinação dos sistemas de justiça criminal interna, incluindo os valores constitucionais nacionais, da justiça criminal da União Europeia e também dos elementos de justiça criminal decorrente das Convenções do Conselho da Europa (em matérias substantivas, processuais e de cooperação), em conjunto” – cfr. VERVAELE, John, *European Criminal Justice in the global context: challenges and perspectives*. In: CAEIRO, Pedro (org.), *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 17.

⁴ Assim, RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal europeu à luz do princípio da necessidade – o caso do abuso do mercado*. *Católica Law Review*, Volume I, n.º3, nov. 2017, nomeadamente p. 14.

liberdade, segurança e justiça e para a concretização do próprio projeto de integração da União Europeia.

A evolução da intervenção penal na União Europeia tem sido timbrada pela intensa proliferação de instrumentos jurídicos, permitindo o desenvolvimento das lógicas da cooperação e da harmonização normativa⁵.

Além disso, a União Europeia está a um passo de dar início a um exercício transnacional da ação penal, através da publicação do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia (Regulamento da Procuradoria Europeia). A implementação de uma Procuradoria Europeia tem sido encarada como uma das questões mais conturbadas no desenvolvimento do direito penal da União Europeia, nos últimos anos⁶, na medida em convoca(rá?) alterações estruturantes na organização e na repartição do poder dos Estados e implica que se questione (com um cenário de intervenção penal mais fundo) a *necessidade* de uma tutela penal supranacional, aqui voluteando as questões relacionadas com a definição de tipos legais de crime e de sanções criminais, com a promoção de um equilíbrio entre a prossecução penal e a defesa dos direitos fundamentais, com a concretização do espaço de liberdade, segurança e justiça, com o trinómio liberdade, segurança e justiça...⁷.

O Regulamento da Procuradoria Europeia resulta de um processo longo, marcado por uma negociação jurídico-política difícil, com avanços e recuos. Afigura-se a versão “possível”, numa matéria sensível, e cujo texto não é isento de dúvidas e incertezas, pelo que várias possibilidades se encontram ainda em aberto⁸, em determinados domínios, até porque,

⁵ Para uma definição dos conceitos de aproximação normativa (através da harmonização, unificação) e de cooperação, que seguimos, v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *El legislador penal Europeo: legitimidad y racionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 2011, pp. 48 e ss.

⁶ Ver MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 221.

⁷ Sobre a problemática, ver já o nosso, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*. Lisboa, Rei dos Livros, 2016, entres outras, pp. 16 e 17.

⁸ Ver já a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu - Uma Europa que protege: uma iniciativa destinada a alargar as

desde logo, o Regulamento da Procuradoria Europeia assenta, em grande medida, nos direitos (substantivo e processual) dos Estados-Membros.

No âmbito do presente trabalho, pretendemos, num primeiro momento, dar conta da evolução e das metamorfoses da intervenção penal na União Europeia, sobretudo a partir do Tratado de Lisboa. Num segundo momento, enquadrado no cenário traçado, pretendemos compreender o sentido e o alcance do Regulamento da Procuradoria Europeia, captando o novo modelo de intervenção penal que se perfilha no horizonte. Estaremos a um passo da integração penal, ou a materialização da Procuradoria Europeia dá apenas mais um passo neste caminho? Qual o seu contributo para um verdadeiro sistema de justiça penal? E neste caminho, deve a Procuradoria Europeia ver o seu âmbito alargado a determinados “crimes graves com dimensão transfronteiriça”⁹?

1. A INTERVENÇÃO PENAL NA UNIÃO EUROPEIA – EVOLUÇÃO, METAMORFOSES E DIMENSÕES ESTRUTURANTES

O direito penal da União Europeia (que inclui a dimensão substantiva, processual e institucional) é uma das áreas da União Europeia

competências da Procuradoria Europeia aos crimes terroristas transnacionais - COM(2018) 641 final (p. 9).

⁹ Ver novamente a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu - Uma Europa que protege: uma iniciativa destinada a alargar as competências da Procuradoria Europeia aos crimes terroristas transnacionais - COM(2018) 641 final (p. 9). A definição do âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia, sobretudo no que diz respeito à proteção dos interesses financeiros da União Europeia, já foi objeto do nosso estudo. Ver, por exemplo, o nosso, O quadro legislativo (substantivo) da Procuradoria Europeia – Algumas reflexões. In: MOTA, Helena et. al. (coord.). *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2017 e The definition of the competence *ratione materiae* of the European Public Prosecutor’s Office and the substantive legality principle - the way forward”. *Portuguese Law Review*, N.º 0, Vol. 1, Spring 2016, available at <http://portugueselawreview.pt/current-issue.html> e no nosso *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, entre outras na pp. 233 e ss. No entanto, atendendo à evolução em curso que se tem registado, e a esta iniciativa da Comissão Europeia, o assunto merece um novo olhar.

que mais tem evoluído¹⁰. Esta mutação tem igualmente densificado e intensificado os desafios que se colocam ao desenvolvimento da própria União Europeia, da sua relação com os Estados-Membros, bem com os Estados terceiros¹¹.

Tal desenvolvimento acentuou-se sobretudo com o Tratado de Lisboa (em seguimento com o grande avanço que se deu com o Tratado de Amesterdão), que representou uma nova fase no processo evolutivo de integração política e jurídica da União Europeia¹². O Tratado de Lisboa é, pois, encarado como um “marco do ápice da expansão do Direito

¹⁰ Para uma compilação dos principais instrumentos jurídicos da União Europeia, ver SANTOS, Margarida. *Compilação de Instrumentos Jurídicos de Direito Penal da União Europeia*. Braga: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017.

¹¹ Para uma reflexão em torno dos desafios, ver MITSILEGAS, Valsamis, BERGSTROM, Maria, KONSTADINIDES, Theodore (ed.). *Research handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2016, <https://doi.org/10.4337/9781783473311>, CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017 e recentemente CAEIRO, Pedro (ed.). *European Criminal Law in the Global Context: Values, Principles and Policies*, Special issue of the *New Journal of European Criminal Law*, março 2019, <https://doi.org/10.1177/2032284419836519>, entre outras obras.

¹² Com efeito, até ao Tratado de Lisboa ainda se contestava a existência de competências expressas penais por parte da União Europeia. Não obstante, defendia-se largamente na doutrina a existência de certos efeitos do então direito comunitário sobre o direito penal nacional, que se manifestava, sobretudo, à luz de três princípios gerais do direito comunitário: o princípio do efeito direto, o princípio do primado e o princípio da cooperação leal. Além disso, ainda antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Tribunal de Justiça veio em dois Acórdãos (v., especialmente, Acórdão do TJCE, de 13 de setembro de 2005, *Comissão v. Concelho* Processo N.º C-176/03 e Acórdão do TJCE, de 23 de outubro de 2007, *Comissão v. Concelho* Processo N.º C-440/05, ambos disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/> expressar “alguma competência” da então Comunidade Económica para obrigar os Estados-Membros a utilizarem, entre outras, sanções de natureza penal para repressão das violações de direito comunitário. Para uma análise do desenvolvimento do direito penal da União Europeia, v., entre outra literatura, com muito interesse CAEIRO, Pedro. Reaction to “European Criminal Justice in the global context: challenges and perspectives”. In: CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017.

penal europeu”¹³. Com o Tratado de Lisboa, socorrendo-nos das palavras de Pedro Caeiro, “não mais será necessário discutir a titularidade de jurisdição penal por parte da Comunidade Europeia, nem a extensão do âmbito material da jurisdição da União, nem os instrumentos normativos de que ela pode lançar mão para estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções”¹⁴.

Numa palavra, o Direito Penal da União Europeia é uma área que se tem intensificado e nessa medida tem estado sob a alçada do olhar político e académico. A este facto acresce a circunstância de ser “estruturalmente e constitucionalmente único”¹⁵. Nesta medida, atendendo ao volume alcançado em pouco tempo cumpre destacar que está em causa “more of a work in process than a work in progress”¹⁶.

Não obstante, tem-se refletido sobre a (in)existência de uma verdadeira e autónoma política criminal europeia¹⁷. Afigura-se pois urgente

¹³ Cfr. SANTOS, Marina Oliveira Teixeira dos. 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, jan-abr, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.189>, p. 228.

¹⁴ Cf. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado – o caso português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 563.

¹⁵ MITSILEGAS, Valsamis, BERGSTRÖM, Maria, Konstadinides, THEODORE (ed.). “Introduction”. In: MITSILEGAS, Valsamis, BERGSTRÖM, Maria, KONSTADINIDES, Theodore (ed.). *Research handbook on EU Criminal Law*. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2016, <https://doi.org/10.4337/9781783473311>, p. 5.

¹⁶ *Idem*, p. 6.

¹⁷ Apesar de não existir uma política criminal da União Europeia *qua tale*, existe, contudo, já uma ordem de valores que fundamenta qualquer modelo de intervenção penal na União Europeia, independentemente do formato, desde logo assente na tutela de bens jurídicos, de interesses fundamentais essenciais para a convivência social nos Estados-Membros e no espaço comum que estes enformam, acabando a União Europeia por ir ensaiando a prática de uma política criminal. Afigura-se, no entanto, essencial uma definição rigorosa e clara dos princípios orientadores de uma política criminal da UE. Para uma proposta dos princípios orientadores da política criminal europeia v. ASP, Petter et. al. Manifesto sobre a política criminal europeia, 2009, p. 727.. A concretização deste “espaço” consiste num “novo” objetivo estabelecido para a União Europeia, pelo Tratado de Amesterdão, e só compreensível pela nova natureza da União como entidade política que não meramente económica

diminuir a incerteza jurídica que paira em determinados domínios¹⁸, traçando-se um rumo mais claro¹⁹, mais consistente e coerente²⁰, que

(Tratado de Maastricht). Nesta medida, vários “marcos” têm-se revelado fundamentais neste caminho, que acompanha “a evolução da integração política que impulsionou igualmente uma maior confiança mútua dos Estados”. Assim, v.g., o Programa de Tampere (outubro de 1999), o Programa de Haia (novembro de 2004), o Programa de Estocolmo para o período 2010-2014 (Programa de Estocolmo - Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos - 2010/C 115/01), as Conclusões do Conselho Europeu - EUCO 79/14 (junho de 2014), a Agenda Europeia para a Segurança que define as principais medidas para assegurar uma resposta eficaz da União Europeia ao terrorismo e às ameaças contra a segurança da União durante o período 2015-2020 (abril de 2015) e a Agenda Europeia para a Segurança Rumo a uma União de segurança (abril de 2016), entre outros instrumentos, que vão dando “contributos” para a definição de uma política criminal europeia. Com muito interesse ver o Livro Branco da Comissão Europeia sobre o futuro da Europa (*White Paper on the future of Europe - Reflections and scenarios for the EU27 by 2025*), que nos permite de forma ampla problematizar como deve a União Europeia desenvolver-se nos próximos anos.

¹⁸ Nomeadamente no que diz respeito às opções entre as sanções de natureza administrativa e de natureza criminal. Como refere Anne Weyembergh “a situação atual, em que cabe aos diferentes tribunais decidir sobre a linha divisória precisa entre os dois tipos de sanções, cria um nível muito elevado de incerteza jurídica”. Ora, como bem sublinha a Autora, “[a] incerteza que cria parece cada vez mais injustificável, uma vez que a escolha pela natureza administrativa ou criminal das sanções pode ter consequências consideráveis em termos do nível de garantias processuais. Portanto, é urgente refletir sobre como limitar essa incerteza jurídica” (p. 17) – cfr. WEYEMBERGH, Anne. Reaction to “Transforming the *ne bis in idem* principle into a fundamental right in the EU”. In CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 42. Ver também CAEIRO, Pedro. The influence of the EU on the ‘blurring’ between administrative and criminal law”. In: GALLI, Francesca, WEYEMBERGH, Anne. *Do Labels still Matter? Blurring Boundaries between Administrative and Criminal Law. The Influence of the EU*. Bruxelles: Ed. Univ. Bruxelles, 2014, p. 175.

¹⁹ Aliás, das diferenças de perspetivas das várias instâncias da União Europeia dá-nos conta Rodrigues, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 90/91, onde se sublinha que a visão do Conselho Europeu (por exemplo olhando para o programa de Estocolmo) se aproxima da visão funcionalista da Comissão, enquanto o Conselho e o Parlamento Europeu sublinham os limites da intervenção penal.

²⁰ Cf. COM (2011) 573 final - Communication from the commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social

“aspir[e] a um nível mais elevado de racionalidade e po[ssa] servir de inspiração para um modelo global”²¹.

Porventura afigura-se uma pretensão difícil de alcançar atendendo, por um lado, às próprias características (únicas) da União Europeia e às encruzilhadas e indefinições que enfrenta²² e, por outro, aos desafios e contradições que o paradigma político, social e económico da

Committee and the Committee of the Regions - Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law, p. 3: “...it is particularly important to ensure that EU legislation on criminal law, in order to have a real added value, is consistent and coherent”.

²¹ A expressão, ainda que em tom indagatório, é de CAEIRO, Pedro. Reaction to “European Criminal Justice in the global context: challenges and perspectives”. In: CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 22. Na verdade, como bem reflete Anabela Miranda Rodrigues, “as ameaças, as incertezas e a instabilidade - as crises” revelam as “vulnerabilidades e as dificuldades que [os Estados] enfrentam em lidar com as questões político-criminais”, permitindo compreender que “a crença na eficácia da política criminal estadual está abalada” - cfr. Rodrigues, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era complian-ce*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 17.

²² Como de forma expressiva refere Helmut Satzger saber se é objetivo futuro da União Europeia alcançar, por exemplo, um maior grau de desenvolvimento do reconhecimento mútuo (convergindo para a sua forma pura) afigura-se algo que só poderá ser respondido quando a própria União Europeia “for capaz de definir o que o seu objetivo deve ser: um Estado federal, uma forma solta da confederação ou algo entre eles”. Ademais, como sublinha o Autor, “[e]specialmente nos dias de hoje - com o Brexit, governos antieuropeus no poder em alguns Estados-Membros e a ascensão de partidos nacionalistas em muitos países da Europa - está longe de ser claro onde a trajetória da União pode levar” - SATZGER, Helmut. Is mutual recognition a viable general path for cooperation? (commented structure and conclusion-draft). In: CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 46.

pós-modernidade revela²³, onde “a globalização é hoje o novo paradigma da política criminal”²⁴.

De resto, um dos traços do direito penal europeu é a sua “mutabilidade”, quanto “às estruturas em que assenta e aos mecanismos por meio dos quais opera”²⁵.

Neste contexto de transmutação cumpre apreender que tem existindo “uma nova linha de intervenção da UE em matéria penal” - inaugurada com o Tratado de Lisboa e sobretudo com a adoção do Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais pelo Conselho em 2009²⁶ e das diretivas que se lhe seguiram²⁷ - que

²³ Na verdade, vivemos tempos marcados, por um lado, pelo progresso científico e bem-estar social, mas, por outro, pela indeterminação, pela efemeridade, pela insegurança, pelo risco. Sobre estas contradições, que se fazem igualmente sentir na seara penal, ver, entre outros, DELMAS-MARTY, Mireille. Les contradictions du droit pénal. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 1, 2000, p. 3 e SILVA SANCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2.ª ed., revista e aumentada. Madrid: Civitas, 2001, pp. 41 e 42.

²⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 13. Para uma caracterização da problemática da globalização sobre o direito penal, v., já, entre outra literatura, entre nós, v.g., DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a “sociedade do risco”. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001 e Rodrigues, Anabela Miranda. Direito penal económico – é legítimo? é necessário?. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 26, 2016, pp. 42 e ss. Paradigmaticamente, sobre a “sociedade do risco” introduzida por Beck, vd. (além de outras obras que se seguiram do Autor), BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.

²⁵ CAEIRO, Pedro. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 35.

²⁶ Resolução do Conselho de 30 de Novembro de 2009 sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais - 2009/C 295/01.

²⁷ Cf.: Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20.10, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal, de 26.10; Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5.04 relativa

visa “assegurar um «melhor equilíbrio» entre esse direitos [individuais] e as «medidas que visam facilitar a instauração de processos penais»” e que extravasa “do conteúdo clássico da «conexão europeia», assentando decididamente em fundamentos jurídico-axiológicos autónomos”²⁸.

Com efeito, a intervenção da União Europeia foi-se pautando sobretudo pela máxima de fortalecer o sistema punitivo dos Estados-Membros, em linha com o formato com que os Estados-Membros foram edificando a jurisdição penal da União Europeia, assente sobretudo no aumento da cooperação, onde se produziram mecanismos de cooperação intrinsecamente europeus, como o reconhecimento mútuo, e na harmonização/aproximação normativa de cariz substantivo, impondo-lhes deveres de incriminar certas condutas e de estabelecer sanções mínimas para as mesmas²⁹. Surgiu, depois, a necessidade de salvaguardar os direitos dos participantes processuais envolvidos. Numa palavra, é a existência de um verdadeiro sistema de justiça criminal da União Europeia que vai

à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas; Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22.05 relativa ao direito à informação em processo penal; Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.10, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade; Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22.10, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares. Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016 relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal. Diretiva (UE) 2016/800 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2016, relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal. Diretiva (UE) 2016/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2016, relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus.

²⁸ Assim, CAEIRO, Pedro. Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos). In: CAEIRO, Pedro (org.). *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*. Coimbra: Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 10.

²⁹ *Idem*, pp. 7. e 8.

ganhando espaço. Ou nas palavras claras de Anabela Miranda Rodrigues, “[e]ste é o tempo de o direito penal europeu dar sinais inequívocos de que está ao serviço do arguido, da vítima e do condenado. E, assim, de se construir, não como um ordenamento de segurança, mas como um ordenamento de liberdade”³⁰.

Por fim, importa ainda sublinhar, “no quadro penal”, no contexto do espaço de liberdade, segurança e justiça, as grandes vertentes estruturantes, que têm permanecido, embora com intensidades e ritmos diferentes: a harmonização (substantiva e processual); a cooperação horizontal (assente sobretudo no reconhecimento mútuo); o desenvolvimento de agências europeias de execução (de atores judiciais) e a dimensão externa do espaço de liberdade, segurança e justiça³¹.

Um apontamento ainda de enquadramento é devido para deixar claras as bases normativas do direito penal da União Europeia, que permitem a apreensão do “quadro penal”, ainda que de forma sincopada³².

A base jurídica para a harmonização do direito penal substantivo (através de diretivas) está contida no art.º 83.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), sobretudo³³. De acordo com o

³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda, Direito penal europeu pós-Lisboa - um direito penal funcionalista?. In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/ Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 33 (artigo igualmente publicado na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146º, nº 4004, Julho -Agosto, 2017, pp.320-334).

³¹ Ver VERVAELE, John. European Criminal Justice in the global context: challenges and perspectives. In: CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 17.

³² Para maiores desenvolvimentos ver o nosso *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, pp. 171 e ss.

³³ Ademais, existe uma outra norma relevante “fora” deste espaço normativo: o art.º 325.º, do TFUE, incluído no Capítulo 6 (“A luta contra a fraude”), do Título II do TFUE (“Disposições financeiras”), da Parte VI (“Disposições institucionais e financeiras”). Nos termos do disposto no art.º 325.º, n.º 1,

do TFUE, a UE e os Estados-Membros combaterão as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, por meio de medidas que tenham um efeito dissuasor e proporcionem uma proteção efetiva nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União. Este artigo, como reflete Paulo de Sousa Mendes, não impõe qualquer obrigação ao Estado-Membro de criar infrações penais para tutela dos interesses financeiros da União, mas prevê o princípio da assimilação, de acordo com o qual os Estados-Membros são obrigados, nos termos do n.º 2, do art.º 325.º, do TFUE, a “tomar medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros” - cfr. MENDES, Paulo de Sousa. Comentário ao art.º 325.º. In: PORTO, Manuel Lopes, ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 1146. Nos termos do art.º 325.º, n.º 4, do TFUE, “[o] Parlamento Europeu e o Conselho deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Tribunal de Contas, adotarão as medidas necessárias nos domínios da prevenção e combate das fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, tendo em vista proporcionar uma protecção efectiva e equivalente nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União”. Neste medida, as obrigações expressas de incriminação dirigidas aos Estados-Membros, visando a aproximação dos respetivos direitos internos decorrem de Convenções e Protocolos (adotados pelo método intergovernamental, no âmbito do antigo Terceiro Pilar) e de diretivas. Parece ser de entender que com a luz do Tratado de Lisboa, *rectius* com a omissão produzida, tanto as diretivas como os regulamentos poderão ser adotados neste âmbito. Grande parte da literatura perspectiva o art.º 325.º, do TFUE como *specialis* relativamente ao *generalis* art.º 83.º, n.º 1 e 2, do TFUE. Aliás, o art.º 325.º, do TFUE acaba por excluir as “desvantagens institucionais” atribuídas ao art.º 83.º, n.º 1 e 2, do TFUE. Na esteira de grande parte da doutrina, houve, na verdade, uma alteração (omissão) significativa no texto do artigo 325.º, do TFUE (anterior artigo 280.º, do TCE), que se refere à luta contra a fraude e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União. Além disso, alguma literatura (minoritária) entende também que o art.º 86.º, do TFUE poderá servir de base para a aproximação normativa no âmbito da concretização das competências materiais da Procuradoria Europeia. Neste sentido, há três soluções possíveis para proceder à aproximação normativa no que toca à concretização do âmbito (“amplo”) de atuação da Procuradoria Europeia: (i) o art.º 83.º, de acordo com o qual se poderia, pelo menos em teoria, “aproximar” através de diretivas; (ii) o art.º 86.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 4 do TFUE e (iii) o art.º 325.º, n.º 4 do TFUE. Defendendo, com base no art.º 86.º, a utilização do regulamento para definir o âmbito de atuação material da Procuradoria Europeia, v., entre outra literatura, com a qual nos identificamos, LIGETI, Katalin. Approximation of substantive criminal and the establishment of the European Public Prosecutor’s Office. In GALLI, Francesca, WEYEM-BERG, Anne (Ed.). *Approximation of substantive criminal law in the EU – The way forward*. Belgium: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013 e *Para um*

parágrafo 1, do n.º 1, deste artigo, o Parlamento Europeu e o Conselho podem estabelecer regras mínimas relativas à definição de infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça, se isso for necessário (art.º 67.º, n.º 3, do TFUE)³⁴.

Além disso, o art.º 83.º, n.º 2, do TFUE contém uma base jurídica para a harmonização de regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa, desde que se afigure indispensável para assegurar a implementação eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização³⁵.

Quanto ao direito processual penal, estas regras mínimas deverão ser adotadas nas áreas contempladas no art.º 82º n.º 2: (i) a admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados Membros; (ii) os direitos individuais em processo penal; (iii) os direitos das vítimas da criminalidade; (iv) outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão.

A pedra angular de todos os atos jurídicos que servem para implementar essa ideia é o princípio do reconhecimento mútuo³⁶, que,

(novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, entre outras na pp. 318 e ss.

³⁴ As áreas relevantes constam do art. 83.º, n.º 1 e 2: terrorismo, tráfico de seres humanos e a exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e crime organizado. No entanto, de acordo com o disposto no n.º 1 do art.º 83.º, do TFUE, o Conselho, tendo em conta a evolução da criminalidade, poderá, por decisão unânime, após aprovação do Parlamento Europeu, adotar uma decisão que identifique outros domínios da criminalidade e, assim, ampliar o catálogo descrito.

³⁵ Esta harmonização mínima é limitada pelo “travão de emergência” contemplado no art. 83.º, n.º 3, do TFUE. Nesta medida, se um Estado-Membro considerar que uma diretiva afeta aspetos fundamentais do seu sistema de justiça penal, pode solicitar que esse projeto seja submetido ao Conselho Europeu, ficando suspenso o processo legislativo ordinário. De resto, se não for atingido o consenso político, pelo menos nove Estados-membros poderão estabelecer uma “cooperação reforçada” com base no projeto de diretiva em causa.

³⁶ Para uma análise da evolução da compreensão do reconhecimento mútuo, sobretudo à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia ver já CAEIRO, Pedro, FIDALGO, Sónia e RODRIGUES, João Prata. *The*

após o Tratado de Lisboa está contemplado por escrito no art. 82.º, do TFUE. Nesta medida, em primeiro lugar, no n.º1, do art.º 82.º, do TFUE estabelece-se o princípio do reconhecimento mútuo como princípio base da cooperação judiciária em matéria penal na União (ou pedra angular como proclamado na conclusão 33 no Conselho Europeu de Tampere – mas só obteve consagração expressa no Tratado de Lisboa).

O princípio do reconhecimento mútuo pois é complementado com a aproximação normativa nos domínios a que se refere o n.º 2 do art.º 82.º e o art.º 83, do TFUE, que apenas assume relevância se se demonstrar insuficiente a ação dos Estados-Membros a nível nacional, como, de resto, é pressuposto geral de toda a atuação da União Europeia.

Na leitura do art.º 82.º, do TFUE devem distinguir-se duas formas de atuação alternativas: a do n.º 1 e a do n.º 2, embora a interpretação destes dois preceitos tenha de ser conjugada.

Nos termos do contemplado no n.º 1, do art.º 82.º, do TFUE, a União Europeia deverá adotar, com base no princípio do reconhecimento mútuo ou para assegurar a efetividade deste – medidas relativas a: “regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a EU de todas as formas de sentenças e decisões judiciais; prevenir e resolver os conflitos de jurisdição, etc. (sc., fazendo uso de qualquer dos instrumentos jurídicos à disposição porque o Tratado não define o instrumento a utilizar – e.g., a diretivas, o regulamento, ou a decisão)³⁷.

O n.º 2, do art.º 82.º, do TFUE fornece a base jurídica expressa para a aproximação em matéria de direito processual penal, sendo uma

evolving notion of mutual recognition in the CJEU’s case law on detention. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25, n.º 6. DOI: 10.1177/1023263X18822787, pp. 689-703, 2019 e CAEIRO, Pedro. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 35.

³⁷ Para uma definição clara dos conceitos de aproximação normativa (através da harmonização, unificação) e de cooperação, v. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *El legislador penal Europeo: legitimidade y racionalidade*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 2011, pp. 48 e ss.

inovação do Tratado de Lisboa que vem encerrar a discussão sobre a base jurídica da aproximação (apenas através da harmonização) neste domínio³⁸.

A nível institucional, refira-se, ainda, que tem havido um desenvolvimento de organismos que complementam a atuação das estruturas nacionais que têm a seu cargo a investigação, o exercício da ação penal e o julgamento do facto penal. Em especial, entre outros atores judiciais, cumpre referir a Eurojust - art.º 85.º, do TFUE³⁹ e o Serviço Europeu de Polícia (Europol) - art.ºs 87 e ss⁴⁰. Permite-se, nesta sede, a criação de uma Procuradoria Europeia, cuja possibilidade encontra-se no art.º 86.º, do TFUE, como a seguir daremos conta.

Observa-se, face ao exposto, uma harmonização normativa mais intensa, uma cooperação acentuada e um caminho para uma maior integração. Atendendo à linha seguida no âmbito da “cooperação horizontal” entre as autoridades dos Estados-Membros, assente em mecanismos de cooperação, passando pela “cooperação vertical”, através, *v.g.*, da intervenção da Eurojust, importa captar os contornos do modelo encetado

³⁸ Neste sentido, uma leitura conjunta desta norma com a do art.º 67, n.º 3 do TFUE conduz à limitação do recurso à harmonização aos casos em que esta seja “necessária” e não apenas “conveniente” ao estabelecimento do princípio do reconhecimento mútuo, como poderia parecer indicar a utilização da palavra “facilitar” no art.º 82.º, n.º2 do TFUE.

³⁹ A Eurojust foi criada pela Decisão 2002/187/JAI do Conselho, com o objetivo de estimular e melhorar a coordenação e a cooperação entre as autoridades judiciais competentes dos Estados-Membros, nomeadamente em relação a formas graves de criminalidade organizada. O regime jurídico da Eurojust foi alterado pelas Decisões 2003/659/JAI e 2009/426/JAI do Conselho. Recentemente, depois de uma longa negociação, foi publicado o novo quadro jurídico da Eurojust: Regulamento (UE) 2018/1727 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018 que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust), e que substitui e revoga a Decisão 2002/187/JAI do Conselho.

⁴⁰ A Europol foi inicialmente criada com base na Convenção Europol, de 1995, que foi substituída pela Decisão 2009/371/JAI do Conselho. Esta decisão foi substituída (desde 1 de maio de 2017) pelo Regulamento (UE) 2016/794 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2016, que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Policial (Europol) e que substitui e revoga as Decisões 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI e 2009/968/JAI do Conselho.

pela Procuradoria Europeia, que extravasa a lógica da cooperação⁴¹. As vias foram, pois, abertas...

2. A IMPLEMENTAÇÃO DA PROCURADORIA EUROPEIA: UM SALTO NA CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE INTEGRAÇÃO PENAL?

2.1. DA BASE CONSTANTE DO ARTIGO 86.º SOBRE O TFUE AO TEXTO FINAL DO REGULAMENTO DA PROCURADORIA EUROPEIA

A aspiração relacionada com a conceção de uma Procuradoria Europeia não é recente, estando a sua origem relacionada com a necessidade de se promover um sistema adequado para a proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias⁴².

⁴¹ Ver o nosso *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, entre outras na p. 191.

⁴² A primeira proposta concreta surge em 1997, através de um grupo de peritos sob a direção de Mireille Delmas-Marty, que apresentou, a pedido da Comissão e do Parlamento Europeu, o projeto de *Corpus Juris* relativo às disposições penais sobre a proteção dos interesses financeiros da Comunidade. O projeto de *Corpus Juris* foi objeto de duas versões: uma em 1997 e outra em 2000 - DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.), *Corpus Juris relativo às disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia*. Paris: Economica, 1997 e DELMAS-MARTY, Mireille, VERVAELE, J. A. E. *A aplicação do Corpus Juris nos Estados-Membros*. Utrecht: Intersentia, 4 Vol., 2000. Posteriormente, a ideia foi retomada por um Comité de Peritos independentes designado pelo Parlamento Europeu, em sequência de acusações de fraude feitas à Comissão. Por ocasião da Conferência Intergovernamental de Nice, a Comissão apresentou uma proposta relativa à criação de um Procurador Europeu no domínio da proteção dos interesses financeiros comunitários (Comunicação da Comissão de 29 de Setembro de 2000 relativa à proteção penal dos interesses financeiros comunitários: um Procurador Europeu – COM(2000) 608 final) que não foi, no entanto, adotada. Em 2001, a Comissão apresenta o Livro Verde sobre a proteção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação de um Procurador Europeu, com uma abordagem diferente, assente no princípio do reconhecimento mútuo, tendo apresentado, 2003, um Relatório de Acompanhamento - Follow-up report on the Green Paper on the criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor - COM (2003) 128 final. No Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, surge a possibilidade de criação de uma Procuradoria Europeia, nos termos do art.º III-274.º. Para maiores

Com a aprovação do Tratado de Lisboa, no n.º 1 do art.º 86.º do TFUE, foi finalmente expressamente inserida uma base jurídica para a instituição de uma Procuradoria Europeia no art.º 86.º do TFUE, remetendo-se a definição da sua estrutura e das funções para um regulamento.

No n.º 1 do art.º 86.º do TFUE, estabelece-se a possibilidade de o Conselho criar uma Procuradoria Europeia a partir da Eurojust. O n.º 2 deste artigo “define” o âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia: “infrações lesivas dos interesses financeiros da União” contempladas no n.º 1, prevendo-se, nos termos do n.º 4 deste artigo, a possibilidade de o Conselho estender o âmbito de competência material da Procuradoria ao combate à “criminalidade grave com dimensão transfronteiriça”. Esta decisão pode ser simultânea ou posterior à criação da Procuradoria e será adotada por unanimidade do Conselho, após aprovação do Parlamento e consulta à Comissão.

Como já noutro escrito apontámos, o art.º 86.º do TFUE abarcou, de certa forma, os dois domínios de criminalidade, sintetizando os dois entendimentos existentes acerca da “mais-valia” da Procuradoria Europeia⁴³.

desenvolvimentos, ver o nosso, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016 pp. 225 e ss. Sobre a criação de uma Procuradoria Europeia, ver, já, entre outros, GEELHOED, Willem, ERKELENS, Leendert Hendrik, MEIJ, Arjen (Eds.). *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*, T.M.C. The Hague: Asser Press, 2018; WEYEMBERGH, Anne, BRIÈRE, Chloé. *Towards a European Public Prosecutor’s Office (EPPO)*, Study for the Libe Committee. European Parliament, 2016.

⁴³ Ver o nosso *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, pp. 294 e ss. Ver LIGETI, Katalin. Approximation of substantive criminal and the establishment of the European Public Prosecutor’s Office. In GALLI, Francesca, WEYEMBERG, Anne (Ed.). *Approximation of substantive criminal law in the EU – The way forward*. Belgium: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, pp. 75 e 76. Com efeito, enquanto, v.g., uns Estados-Membros pretendiam apenas reforçar os mecanismos de prossecução quanto às ofensas contra os interesses financeiros da União Europeia, vendo a Procuradoria Europeia como “um serviço especializado” com um âmbito de atuação restrito apenas às ofensas que afetem, *grosso modo*, o orçamento da União Europeia, outros entendiam que se deveria ir mais além, vendo a

Na esteira do n.º 3 do art.º 86.º do TFUE, o regulamento definirá as condições em que a Procuradoria Europeia exerce as suas funções, as regras processuais aplicáveis às suas atividades e as que regem a admissibilidade dos meios de prova, bem como as regras aplicáveis à fiscalização jurisdicional dos atos da Procuradoria Europeia.

Nesta medida, “[o] texto do art.º 86.º do TFUE, na sua ambiguidade e dependendo da interpretação que se colha, parece dar margem para que se desenvolvam «diferentes» modelos de intervenção penal na UE”⁴⁴.

Em 17 de julho de 2013, a Comissão adotou uma Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia⁴⁵.

A opção tomada pela Comissão Europeia em 17 de julho de 2013 em cingir-se, pelo menos num primeiro momento, à proteção dos interesses financeiros transparece a necessidade de obtenção de consenso político, face aos argumentos existentes, de diferentes quadrantes (políticos, académicos, da *praxis* judiciária,...)⁴⁶, que acabam por espelhar a vontade de manutenção do exercício da ação penal no foro nacional. A par disso, a própria Comissão Europeia foi “justificando” a opção com base na necessidade de se ser promovida uma verdadeira “democracia económica”⁴⁷.

Procuradoria Europeia num contexto mais amplo, no âmbito da construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça, importante para combater a criminalidade grave transfronteiriça ou organizada.

⁴⁴ Cfr. o nosso, para onde remetemos para maiores desenvolvimentos, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 234.

⁴⁵ Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia - COM(2013) 534 final.

⁴⁶ A este propósito, v. o estudo baseado nos inquéritos realizados a práticos judiciários nacionais e da UE – WADE, Marianne (coord.). *EuroNEEDS, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System*. Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht, Preliminary report, 2011 e WADE, Marianne. A European public prosecutor: potential and pitfalls. *Crime Law Soc Change*, mar., 2013.

⁴⁷ Cf. SANTOS, Margarida. A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia. In: CARVALHO, Maria Miguel, MESSA, Ana Flávia, NOHARA, Irene Patrícia (coord.). *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, ebook, 2019, p. 190. Ver, a título de exemplo, a Exposição de Motivos constante da Proposta de

Após um intenso debate, com avanços e recuos, onde inexistiu unanimidade, foi publicado, em 31 de outubro de 2017, o Regulamento da Procuradoria Europeia.

Podemos já adiantar, como já noutro escrito acentuámos, que, comparando com a versão (inicial) apresentada pela Comissão Europeia com o texto do Regulamento, verifica-se “uma limitação da ambição de integração, inexistindo a verdadeira revolução preconizada na Proposta elaborada pela Comissão em 2013. Com efeito, assistiu-se a uma mudança da própria estrutura da Procuradoria Europeia e a uma redução dos instrumentos e medidas de investigação constantes da inicial proposta, que nos fazem questionar a eficácia da Procuradoria Europeia no exercício da ação penal relativamente aos crimes que lesem os interesses financeiros da UE”⁴⁸.

O Regulamento da Procuradoria Europeia foi publicado no dia 31 de outubro de 2017 e entrou em vigor em 20 de novembro de 2017, já com a participação de vinte Estados-Membros⁴⁹, a que, entretanto se juntaram mais dois⁵⁰. Tem sido apontado o ano de 2020 como meta a alcançar para a “atuação plena” da Procuradoria Europeia, estando em

Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia - COM(2013) 534 final, onde se justifica a necessidade de prevenção e repressão dos crimes que lesam os interesses financeiros da União Europeia, num período de consolidação orçamental. Ver também, neste sentido, CSONKA, Peter. General presentation of the proposal and main issues: the state of negotiations, solutions reached and main issues to be resolved, In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017, pp. 69 e 70.

⁴⁸ SANTOS, Margarida. Conclusões: A Procuradoria Europeia e a futura arquitetura para a justiça criminal na UE – questões emergentes., in In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017, p. 220.

⁴⁹ Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Portugal, República Checa e Roménia.

⁵⁰ A Comissão Europeia confirmou a participação dos Países Baixos, em 1 de agosto de 2018 (JO L 196 de 2 de agosto de 2018) e em 7 de agosto de 2018, a participação de Malta (JO L 201 de 8 de agosto de 2018).

curso a preparação de todos os procedimentos necessários à sua execução⁵¹ e as necessárias adaptações aos ordenamentos jurídicos nacionais. Com efeito, não obstante o Regulamento ser aplicável diretamente a todos os Estados-Membros participantes na “cooperação reforçada”, o certo é que se afigura necessária a realização de ajustamentos nos respetivos ordenamentos jurídicos, atendendo às implicações (profundas) que inevitavelmente endereça quer ao próprio *modus operandi* “tradicional” na União Europeia, quer nos ordenamentos jurídicos nacionais⁵².

2.2. O REGULAMENTO DA PROCURADORIA EUROPEIA – TRAÇOS GERAIS⁵³ E PERSPETIVAS FUTURAS

O Regulamento da Procuradoria Europeia “define”, desde logo, o estatuto, a estrutura e a organização da Procuradoria Europeia, a competência

⁵¹ Como os relacionados com a nomeação de um diretor administrativo interino, a seleção do procurador-geral europeu (cfr o Aviso de Publicação de uma vaga de procurador-geral europeu — Luxemburgo Agente temporário AD 15 (2018/C 418 A/01)), dos procuradores europeus (em Portugal, por exemplo, ver o Diário da república n.º 1/2019, Série II de 2-1-2019 (Aviso n.º 5/2019), sobre o processo de candidatura para a seleção de candidatos a designar pelo Estado Português para seleção e nomeação, pelo Conselho da União Europeia, do Procurador Europeu Nacional na Procuradoria Europeia, nos termos do n.º 1 do artigo 16.º do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017) e a elaboração do orçamento.

⁵² Em Portugal, por exemplo, está já em curso a elaboração de uma Proposta de lei para “assegurar a execução do Regulamento da Procuradoria Europeia”, onde se estipulam “os termos em que se processa a articulação e a cooperação entre as autoridades nacionais e a Procuradoria Europeia no exercício das funções que esta exerce em território nacional relativamente aos crimes da sua competência, (...) o procedimento interno de designação dos candidatos nacionais a Procurador Europeu, (...) a designação e o estatuto dos Procuradores Europeus Delegados nacionais (...) [e] procede-se à identificação do tribunal de instrução criminal competente para a prática dos atos jurisdicionais relativos ao inquérito quanto aos crimes da competência da Procuradoria Europeia e à identificação da autoridade nacional competente para efeitos de comunicações, informações e consultas, nos termos do Regulamento da Procuradoria Europeia” - cfr. a Exposição de Motivos da Proposta de lei n.º 192/XIII, provada pelo Conselho de Ministros no dia 14 de março de 2019.

⁵³ Seguimos aqui o já descrito em SANTOS, Margarida. A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia. In: CARVALHO, Maria Miguel, MESSA,

da Procuradoria Europeia, as regras processuais aplicáveis às investigações, às medidas de investigação, à ação penal, às garantias processuais.

À luz do Regulamento da Procuradoria Europeia, a Procuradoria Europeia é um órgão da União dotado de personalidade jurídica (artigo 3.º), que goza de garantias de independência (artigo 6.º) e que responde perante o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão Europeia pelas atividades gerais, aos quais apresenta um relatório anual (artigo 6.º, n.º 2).

No que concerne ao estatuto e estrutura da Procuradoria Europeia (art.º 8.º e ss. do Regulamento da Procuradoria Europeia), a Procuradoria Europeia “é um órgão indivisível da União e funciona como entidade única com estrutura descentralizada” (art.º 8.º, n.º1), sendo organizada a nível central pela Procuradoria Central (constituída pelo Colégio⁵⁴, pelas Câmaras Permanentes⁵⁵,

Ana Flávia, NOHARA, Irene Patrícia (coord.). *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, ebook, 2019, pp. 191 e ss.

⁵⁴ Cfr. art.º 9, n.º 1, de acordo com o qual o Colégio é constituído pelo Procurador-Geral Europeu e por um Procurador Europeu por cada Estado-Membro, sendo responsável pela supervisão geral das atividades da Procuradoria Europeia e pela tomada de decisões sobre questões estratégicas e questões gerais decorrentes de casos individuais, sobretudo para assegurar a coerência, eficiência e coesão da política de ação penal seguida pela Procuradoria Europeia em toda a União (cfr. art.º 9.º, n.º 2). Na esteira do n.º 3, do art.º 9.º, o Colégio cria Câmaras Permanentes sob proposta do Procurador-Geral Europeu e de acordo com o regulamento interno da Procuradoria Europeia.

⁵⁵ De acordo com o art.º 10.º, n.º 2, as Câmaras Permanentes acompanham e orientam as investigações e ações penais conduzidas pelos Procuradores Europeus Delegados; asseguram a coordenação das investigações e das ações penais nos processos transfronteiriços, e a aplicação das decisões tomadas pelo Colégio. As Câmaras Permanentes decidem quanto à dedução da acusação, do arquivamento; da aplicação do procedimento penal simplificado; do reenvio de um processo para as autoridades nacionais; da reabertura da investigação; dão instruções ao Procurador Europeu Delegado para iniciar uma investigação quando não tenha sido aberta nenhuma investigação e dão instruções ao Procurador Delegado Europeu para exercer o direito de advocação; redistribuir processos, depois da análise do projeto de decisão proposto pelo Procurador Europeu Delegado competente. Refira-se, ainda, que face ao art.º 10.º, n.º 5, a Câmara Permanente competente, através do Procurador Europeu que supervisiona a investigação ou a ação penal, pode, em conformidade com o direito nacional aplicável, pode dar instruções em casos concretos ao Procurador Europeu Delegado competente.

pelo Procurador-Geral Europeu⁵⁶, pelos Procuradores-Gerais Europeus Adjuntos⁵⁷, pelos Procuradores Europeus⁵⁸ e pelo Diretor Administrativo⁵⁹ - n.º 3, do art.º 8.º) e a nível descentralizado (enformado pelos Procuradores Europeus Delegados, localizados nos Estados-Membros⁶⁰).

A competência material da Procuradoria Europeia e o seu exercício são definidos nos art.ºs 22.º a 25.º do Regulamento da Procuradoria Europeia e na Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal (Diretiva PIF).

⁵⁶ Na esteira do art.º 11.º, n.º1, o Procurador-Geral Europeu, nomeadamente, dirige a Procuradoria Europeia e organiza os trabalhos da Procuradoria Europeia.

⁵⁷ Sendo nomeados dois Procuradores-Gerais Europeus Adjuntos para coadjuvar o Procurador-Geral Europeu no desempenho das suas funções e substituí-lo em caso de ausência ou impedimento (art.º 11.º, n.º 2).

⁵⁸ Desde logo, à luz do art.º 12.º, n.º 1, os Procuradores Europeus supervisionam as investigações e ações penais pelas quais são responsáveis os Procuradores Europeus Delegados competentes nos respetivos Estados-Membros de origem. Face ao art.º 12.º, n.º 5, “funcionam como ligação e canal de informação entre as Câmaras Permanentes e os Procuradores Europeus Delegados nos respetivos Estados-Membros de origem. Acompanham o cumprimento das funções da Procuradoria Europeia nos respetivos Estados-Membros, em estreita consulta com os Procuradores Europeus Delegados, e asseguram (...) que todas as informações pertinentes sejam fornecidas pela Procuradoria Central aos Procuradores Europeus Delegados e vice-versa”.

⁵⁹ Sobre as responsabilidades do Diretor Administrativo, que gere a Procuradoria Europeia em termos administrativos e orçamentais e é o seu representante legal para estes efeitos, ver art.º 19.º do Regulamento da procuradoria Europeia.

⁶⁰ De acordo com o art.º 13.º, n.º 1, s Procuradores Europeus Delegados agem em nome da Procuradoria Europeia nos respetivos Estados-Membros e têm as mesmas competências que os procuradores nacionais no que respeita a investigar, instaurar a ação penal e deduzir acusação e sustentá-la na instrução e no julgamento, além das competências específicas e do estatuto que o presente regulamento lhes confere, nas condições nele estabelecidas. De acordo com o n.º 2, em cada Estado-Membro há dois ou mais Procuradores Europeus Delegados. De referir que os Procuradores Europeus Delegados podem também exercer funções de procuradores nacionais, desde que tal não os impeça de cumprir as obrigações constantes do regulamento (n.º 3), podendo o Procurador Europeu propor à Câmara Permanente que redistribua o processo a outro Procurador Europeu Delegado no mesmo Estado-Membro ou que conduza ele próprio as investigações nos termos do artigo 28.º, n.ºs 3 e 4.

Na esteira do Regulamento da Procuradoria Europeia (art.º 22, n.º 1), (i) *a título principal*, a competência da Procuradoria Europeia diz respeito às infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União nos termos da Diretiva PIF, tal como transposta para o direito nacional, o que inclui, a fraude lesiva dos interesses financeiros da UE⁶¹, o branqueamento de capitais, a corrupção e a apropriação ilegítima (art.º 3.º e 4.º da Diretiva PIF), sendo igualmente competente, *a título secundário*, (ii) quanto às infrações relativas à participação numa organização criminosa⁶², se a atividade criminosa dessa organização consistir sobretudo na prática daquelas infrações (n.º 3, do mesmo artigo) e (iii) quanto a “qualquer outra infração penal que esteja indissociavelmente ligada” àquelas infrações lesivas dos interesses financeiros, sendo que relativamente àquelas infrações “conexas” a competência só pode ser exercida nos termos do artigo 25.º, n.º 3, do Regulamento da Procuradoria Europeia⁶³.

⁶¹ Este art.º 22, n.º 1, do Regulamento, esclarece, na linha do estipulado no art.º 2.º, n.º 2, da Diretiva PIF, que relativamente a um dos tipos de fraude – às fraudes relativamente aos recursos próprios do IVA - a Procuradoria Europeia só é competente quando os atos ou omissões intencionais em causa (i) estejam relacionados com o território de dois ou mais Estados-Membros e (ii) envolvam prejuízos totais de pelo menos 10 milhões de euros.

⁶² Tal como definidas na Decisão-Quadro 2008/841/JAI, tal como transposta para o direito nacional.

⁶³ Uma questão fortemente debatida relaciona-se com a própria opção da base legal da competência material da Procuradoria Europeia, que em abstrato, poderia assentar nos art.ºs 83.º, 86.º ou 325.º, todos do TFUE. Depois das difíceis negociações, acabou por vingar a base legal do art.º 83.º, n.º 2, do TFUE. Cremos, contudo, tal como alguma doutrina perfilha, que seria preferível que a base legal fosse a do art.º 86.º do TFUE (ou eventualmente a do 325.º do TFUE), onde o regulamento da Procuradoria Europeia igualmente definisse as infrações sob a alçada da Procuradoria Europeia. Sobre este assunto já nos dedicamos noutra sede. Ver o nosso, O quadro legislativo (substantivo) da Procuradoria Europeia – Algumas reflexões. In: MOTA, Helena et. al. (coord.). *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2017 e o nosso, The definition of the competence *ratione materiae* of the European Public Prosecutor’s Office and the substantive legality principle - the way forward. *Portuguese Law Review*, n.º 0, Vol. 1, Spring 2016. Ver ainda, entre outros, Ligeti, katalin. Approximation of substantive criminal and the establishment of the European Public Prosecutor’s Office. In: GALLI, Francesca, WEYEMBERG, Anne (Ed.). *Approximation of substantive criminal law in the EU – The way forward*. Belgium: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013, especialmente pp. 75 e ss. e VERVAELE, John A. E. The material

Olhando para as opções gizadas no texto do Regulamento da Procuradoria Europeia e na Diretiva PIF⁶⁴, como já noutro escrito acen-tuámos, somos de entendimento “que o modelo gizado (...) afigura-se um modelo espartilhado, podendo germinar assimetrias no exercício da ação penal por parte da Procuradoria Europeia, desde logo em função legislação penal aplicável. De forma perfunctória, podemos referir desde já que o nível de harmonização pretendido na Diretiva PIF, especialmente no que diz respeito às sanções máximas aplicáveis (inexistem as sanções mínimas como previsto na versão inicial da Proposta PIF⁶⁵), à autoria e cumplicidade, à responsabilidade das pessoas coletivas e aos prazos de prescrição (finalmente inseridos), afigura-se «modesto»⁶⁶.

Na verdade, no que diz respeito ao objeto material de atuação da Procuradoria Europeia, duas questões emergem desde logo. Por um lado, uma vez que o exercício transnacional da ação penal assenta (sobretudo)

scope of competence of the European Public Prosecutor's office: a harmonised national patchwork?. *Centro Studi di Diritto Penale Europeo*, 2015; SICURELLA, Rosaria, Setting up a European Criminal policy for the Protection of EU Financial interests: guidelines for a coherent definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office. In: Ligeti, Katalin, (ed). *Toward a Prosecutor for the European Union. Volume 1: A Comparative Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2013, pp. 885 e ss. Ver também o que se disse *supra* na nota de rodapé 33.

⁶⁴ Para uma análise das disposições da Diretiva PIF, dando conta de algumas das inovações relativamente à Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias de 26 de julho de 1995 (Convenção PIF) e seus Protocolos, ver SANTOS, Margarida. A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia. In: CARVALHO, Maria Miguel, MESSA, Ana Flávia, NOHARA, Irene Patrícia (coord.). *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, ebook, 2019, pp. 196 e ss.

⁶⁵ Ver art.º 8.º (“Penas de prisão mínimas”) e art.º 9 (“Tipos de sanções mínimas aplicáveis às pessoas coletivas”), da Proposta de Diretiva sobre a proteção dos interesses financeiros - COM(2012) 363 final.

⁶⁶ Cfr. SANTOS, Margarida. A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia. In: CARVALHO, Maria Miguel, MESSA, Ana Flávia, NOHARA, Irene Patrícia (coord.). *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, ebook, 2019, p. 195.

na transposição nacional da Diretiva PIF “as (eventuais) divergências no contexto da transposição da Diretiva PIF poderão assumir contornos relevantes”, pelo que se revela fundamental “a realização de um exame minucioso das implementações nacionais da Diretiva PIF, com consequências em caso de falhas ou inconsistências na legislação nacional”⁶⁷. Por outro lado, de acordo com o art.º 25.º, n.º 3, al. a), do Regulamento da Procuradoria Europeia, o exercício das competências sobre as infrações indissociavelmente ligadas às “infrações principais”, determinado com base na gravidade das sanções previstas no direito nacional, poderá originar discrepâncias nesta regra de conexão⁶⁸.

Com efeito, o Regulamento estabelece um regime (altamente) complexo de exercício de competência da Procuradoria Europeia, contemplando igualmente situações em que este órgão não poderá intervir, muito embora estejam em causa os crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia, na medida em que os n.ºs 2 e 3 do art.º 25.º, do Regulamento da Procuradoria Europeia estabelecem *limitações* ao exercício da Procuradoria Europeia⁶⁹.

⁶⁷ Cf. *idem*, p. 195. Ver MARLETTA, Angelo. The material competence of the European Public Prosecutor’s Office (EPPO) and the PIF Directive. In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017, p. 94, nota 34.

⁶⁸ Cf. SANTOS, Margarida. A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia. In: CARVALHO, Maria Miguel, MESSA, Ana Flávia, NOHARA, Irene Patrícia (coord.). *Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, ebook, 2019, pp. 195/196.

⁶⁹ Nos termos do n.º 2, se uma infração penal que cabe na alçada da Procuradoria Europeia *tiver lesado ou for suscetível de lesar os interesses financeiros da União em menos de 10 mil euros*, a Procuradoria Europeia só pode exercer a sua competência em duas situações: (i) se “[o] processo tiver repercussões a nível da União que exijam que a Procuradoria proceda a uma investigação” - al. a); ou (ii) se “[o]s funcionários ou outros agentes da União Europeia, ou membros das instituições da União, puderem ser suspeitos de ter cometido a infração” - al. b). Além disso, nos termos do n.º 3, a Procuradoria Europeia não irá exercer a sua competência relativamente às infrações penais que cabem na sua competência e reenviará o caso às entidades nacionais competentes nos

As regras processuais aplicáveis às investigações, medidas de investigação e o exercício da ação penal estão descritas nos art.ºs 26.º e seguintes do Regulamento da procuradoria Europeia.

Desde logo, por regra, de acordo com o art.º 26.º, n.º 3 do Regulamento da Procuradoria Europeia, o processo é aberto e instruído por um Procurador Europeu Delegado do Estado-Membro onde está centrada a atividade criminosa, ou no Estado-Membro onde tiverem sido cometidas a maior parte das infrações (no caso de infrações conexas).

No que diz respeito às medidas de investigação da Procuradoria Europeia, verifica-se, nos art.ºs 30 e seguintes do Regulamento da Procuradoria Europeia, um “regime misto” para as medidas de investigação e no que respeita às condições em que podem ser ordenadas pelos Procuradores Europeus Delegados, que entrelaça as legislações nacionais com a legislação da UE. Com efeito, o art.º 30.º do Regulamento da Procuradoria Europeia prevê um conjunto mínimo de medidas de investigação ao dispor dos Procuradores Europeus Delegados (que podem, em determinadas situações, ser sujeitas a determinadas condições/limitações, de acordo com o disposto no direito nacional aplicável, a que acresce a possibilidade de os Procuradores Europeus Delegados pedirem ou ordenarem outras medidas que estejam ao dispor dos procuradores, de acordo com o direito nacional. Nos processos transfronteiriços, o Procurador Europeu Delegado competente deverá poder contar com os Procuradores Europeus Delegados assistentes quando for necessário tomar medidas noutros Estados-Membros⁷⁰.

termos do art.º 34.º, em duas distintas situações. Por um lado, *i*) nas situações em que a sanção máxima prevista no direito nacional para uma infração abrangida pela competência a *título principal* (22.º, n.º 1) da Procuradoria Europeia for de *severidade igual ou inferior* à da sanção máxima para uma infração indissociavelmente ligada (art.º 22.º, n.º 3), a não ser que esta última infração tenha sido instrumental para cometer aquela infração – al. a); por outro, *ii*) nas situações em que se presume que o prejuízo causado ou suscetível de ser causado aos interesses financeiros da União Europeia pela prática de qualquer infração da competência da Procuradoria Europeia (com exceção da fraude relativa às despesas não relacionadas com a contratação pública; da fraude relativa às despesas relacionadas com a contratação pública e da fraude em relação a receitas provenientes dos recursos próprios do IVA) não ultrapassa o prejuízo causado ou suscetível de ser causado a outra *vítima* - al. b)

⁷⁰ Ver considerando 71 e 72 e art.º 31 do Regulamento da Procuradoria Europeia.

A Procuradoria Europeia, à luz do Regulamento da Procuradoria Europeia, exerce a ação penal de acordo com o princípio da legalidade. A decisão de deduzir acusação deve em princípio ser tomada pela Câmara Permanente competente, com base num projeto de decisão emanado do Procurador Europeu Delegado⁷¹. Há também a possibilidade, caso ela exista no sistema jurídico nacional, de aplicação de procedimentos penais simplificados, nas condições estabelecidas pelo direito nacional e nas situações previstas pelo regulamento⁷².

Relativamente ao controlo jurisdicional, os atos processuais da Procuradoria Europeia que se destinem a produzir efeitos jurídicos em relação a “terceiros”, bem como a sua não adoção quando a Procuradoria Europeia estivesse juridicamente obrigada de acordo com o disposto no Regulamento, são objeto de fiscalização jurisdicional por parte dos Tribunais nacionais, de acordo com os requisitos e formalidades previstos no direito nacional⁷³.

Numa palavra, do exposto resulta que os desafios e complexidades que a intervenção penal (nacional e da União Europeia) enfrenta no momento presente são inúmeras, e caem em diferentes domínios (institucionais, processuais e substantivos), cobrindo temáticas como as relacionadas com a estrutura da Procuradoria Europeia e sua interseção com os sistemas nacionais, as do exercício da ação penal, do controlo judiciário e da intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia e as da própria definição do âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia.

⁷¹ Cfr. considerando 78 e art.º 35.º e seguintes do Regulamento da Procuradoria Europeia.

⁷² Ver considerando 82 e art.º 40.º do Regulamento da Procuradoria Europeia.

⁷³ Ver considerando 87 e art.º 42.º do Regulamento da Procuradoria Europeia. Contempla-se, ainda, a intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia em determinadas matérias descritas no art.º 42.º, n.ºs 2 a 8, aqui se englobando, por exemplo, a decisão a título prejudicial, nomeadamente a propósito da interpretação dos art.ºs 22.º e 25.º do Regulamento da Procuradoria Europeia quanto a qualquer conflito de competências entre a Procuradoria Europeia e as autoridades nacionais competentes (art.º 42.º, n.º 2, do Regulamento da Procuradoria Europeia), quer, por exemplo, a fiscalização relativamente às decisões de arquivamento da Procuradoria Europeia, na medida em que sejam diretamente impugnadas com base no Direito da União, nos termos do art.º 263.º, 4.º parágrafo do TFUE.

Além disso, numa altura em que “a execução” deste Regulamento está em curso, volta a vir ao de cima uma questão que nunca deixou de estar no centro do debate (sobretudo académico), por diferentes motivos: a relacionada com o âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia.

A opção tomada pela Comissão Europeia em 17 de julho de 2013 e que se manteve no texto do Regulamento da Procuradoria Europeia em cingir-se, pelo menos num primeiro momento, à proteção dos interesses financeiros transparece, de facto, a solução possível, como já relatámos.

O certo é que recentemente a Comissão Europeia relança, em termos políticos, o debate, emitindo uma Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu destinada a alargar as competências da Procuradoria Europeia “aos crimes terroristas transnacionais”⁷⁴. Pretende-se, pois, primeiramente, que o Conselho Europeu altere o disposto no artigo 86.º, n.ºs 1 e 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia de modo a alargar a competência material da Procuradoria Europeia a todos, alguns ou apenas um dos “crimes graves com dimensão transfronteiriça”. Aí se refere que, “é necessária uma dimensão europeia mais forte para garantir um acompanhamento judicial uniforme, eficaz e eficiente destes crimes em todo o espaço europeu de liberdade, de segurança e de justiça. Os crimes terroristas afetam todos os Estados-Membros e a União no seu conjunto, razão pela qual deve ser considerada uma solução a nível europeu. Neste contexto, parece demonstrado que a Procuradoria Europeia pode acrescentar valor à luta contra crimes terroristas e à resolução das lacunas identificadas”⁷⁵. O debate carece, também por isso, de ser intensificado neste ponto.

Com efeito, em abstrato, podem ser objeto desta tutela supranacional tanto os bens jurídicos titulados pelos cidadãos da comunidade (a fim de se exercer a ação penal relativamente à criminalidade de natureza ou tendência transfronteiriça ou cuja repressão só assuma eficácia de modo coordenado – o domínio do art.º 83.º) como os bens jurídicos

⁷⁴ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu - Uma Europa que protege: uma iniciativa destinada a alargar as competências da Procuradoria Europeia aos crimes terroristas transnacionais - COM(2018) 641 final.

⁷⁵ Cfr. *Idem*, p. 9.

titulados pelas instituições europeias – cabendo aqui, por exemplo, os crimes contra os interesses económicos e financeiros da UE⁷⁶.

Não obstante, cremos que, ao contrário do que sucede com os interesses financeiros da União Europeia, no que concerne aos “interesses comuns” – e não “próprios” da União – que poderiam ser, *grosso modo*, caracterizados pela expressão “criminalidade grave com dimensão transfronteiriça”, “urge aprofundar o estudo da sua natureza, afigurando-se verdadeiramente «precipitado» postular a existência de “novos bens jurídicos *tout court*”. Como já adiantámos, “importa «ponderar» sobre a existência (igualmente) de um interesse na prevenção e repressão do crime que vá para além da «soma dos interesses dos Estados-Membros», associado à cidadania europeia”, refletindo, porventura, “sobre os interesses da União de uma forma mais ampla que inclua a ideia de uma «potencial vitimização da UE», enquanto reflexo da existência de um interesse dos cidadãos da União Europeia a uma proteção adequada⁷⁷.

Podemos já acrescentar que perspetivamos a Procuradoria Europeia como um *plus* na construção de um efetivo espaço de liberdade, segurança e justiça. Com efeito, “[e]stabelecer um novo modelo de intervenção penal da Procuradoria Europeia apenas para combater a criminalidade advinda, sobretudo, do próprio funcionamento da União poderá ser alvo de críticas. Na verdade, a promoção de um *espaço de liberdade, segurança e justiça* vai muito para além, numa «visão holística», do que estabelecer um modelo de uma «Procuradoria Financeira» assente apenas na proteção dos «interesses financeiros da União»⁷⁸.

Se compreendemos a necessidade de se avançar para uma “Europa que protege [os cidadãos]”, onde a Procuradoria Europeia pode efetivamente “colmatar as lacunas existentes”⁷⁹, cremos que se afigura este “avanço” prematuro, podendo, sobremaneira, beliscar os princípios estruturantes da

⁷⁶ Cfr. o nosso, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p.212. Par maiores desenvolvimentos ver pp. 211 e ss.

⁷⁷ Cfr. *idem*, p.212. Par maiores desenvolvimentos ver pp. 215.

⁷⁸ *Idem*, p. 329.

⁷⁹ Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu - Uma Europa que protege: uma iniciativa destinada a alargar as

intervenção penal, como o princípio da legalidade⁸⁰. Neste sentido, somos de entendimento que “[n]o que diz respeito àqueles – outros – interesses, que poderemos, *grosso modo*, abarcar como incluídos na definição constante no n.º 4 do art.º 86.º do TFUE (“criminalidade grave com dimensão transfronteiriça), designados por muitos como os interesses da União «*hard-core*», atendendo à ainda insuficiente reflexão acerca da natureza dos interesses em causa, por um lado, e apenas à possível harmonização através de diretivas, por outro, parecem inexistir condições para que se avance para este âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia”. Desde logo, cremos que “o nível de harmonização alcançado até agora neste âmbito torna inviável, segundo cremos, uma coerente, igual, certa e precisa atuação da Procuradoria Europeia no exercício da ação penal”⁸¹.

Numa palavra, a eficácia pretendida – e que parece ser o cerne da Cominação da Comissão Europeia no sentido do alargamento das competências materiais da Procuradoria Europeia – tem de estar ligada à *essencialidade* da intervenção penal, também no contexto do exercício da ação penal⁸².

competências da Procuradoria Europeia aos crimes terroristas transnacionais - COM(2018) 641 final, p. 8.

⁸⁰ Ver o nosso, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, entre outras, p. 328. Como aí encarámos, “[u]m modelo de intervenção penal limitado aos interesses financeiros parece-nos ser a possibilidade adequada e viável no momento presente. Com efeito, em prol da defesa do princípio da legalidade da intervenção penal, a concretização de uma Procuradoria Europeia terá de estar associada à definição do âmbito material de atuação através do método da unificação, onde através de regulamento se definam, de forma uniforme e equivalente, os tipos legais de crime, no “espaço único da União”.

⁸¹ Ver o nosso, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 329.

⁸² Como refere Anabela Miranda Rodrigues, a propósito da intervenção de caráter substantivo, mas que cremos, que deve aqui ser ponderada na medida em que com esta relacionada, “[é] esta condição [a essencialidade] que funciona como fundamento e limite – material – da intervenção penal em causa levada a efeito a nível da União” – para maiores desenvolvimentos ver Rodrigues, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 88. Em súmula, “[é], pois, importante ter em conta que é uma consideração do caráter *necessário* (*indispensável*) da

O Regulamento da Procuradoria Europeia enceta “um novo modelo de intervenção penal na União Europeia”, um “*tertium genus* de intervenção penal na UE”⁸³, na medida em que, não obstante não estar em causa uma integração penal pura, o certo é que se deu mais um passo em frente neste sentido, saindo igualmente reforçada a cooperação e a harmonização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal da União Europeia (que inclui a dimensão substantiva, processual e institucional) é uma das áreas da União Europeia que mais tem evoluído, verificando-se novas linhas de intervenção penal, nomeadamente relacionadas com um novo olhar direcionado à proteção dos direitos dos participantes processuais envolvidos. Numa palavra, é a existência de um verdadeiro sistema de justiça criminal da União Europeia que vai ganhando espaço, estando “ao serviço do arguido, da vítima e do condenado”.

O Direito Penal da União Europeia tem visto, pois, alargado o seu âmbito de intervenção, nas várias dimensões que compõe a intervenção penal da União Europeia, sobremaneira a partir do Tratado de Lisboa.

Sobretudo na ótica institucional, parece assistir-se a uma “viragem” de um modelo de cooperação para um modelo com laivos mais acentuados de integração, embora com especificidades.

Em certa medida, e em muito menor grau do que na versão inicial da Proposta da Comissão Europeia, há, em certos momentos vertidos no Regulamento da Procuradoria Europeia, uma certa lógica “federalista”, “supranacional”, mas mitigada com o modelo de “cooperação”.

intervenção penal baseada em prova relevante a partir de investigação criminológica e de dados empíricos e literatura científica que pode fazer com que aquela condição funcione realmente como limitadora da utilização do direito penal e se assuma como um critério legitimador materialmente definido” (pp. 92/93). Ver também RODRIGUES, Anabela Miranda, “Direito penal europeu pós-Lisboa - um direito penal funcionalista?”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 163, n.º 4004, maio-junho, 2017.

⁸³ Cf. o nosso *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*, Lisboa, Rei dos Livros, 2016, entre outras na p. 343.

Constitui por isso uma intervenção penal Europeia apesar de inovadora, revolucionária, mas “contida”. A eficácia pretendida – e que parece ser o cerne da Comunicação da Comissão Europeia no sentido do alargamento das competências materiais da Procuradoria Europeia - tem de estar ligada à *essencialidade* da intervenção penal, também no contexto do exercício da ação penal e, nessa medida, importa compreender que interesses se pretende proteger através de uma tutela assente num exercício transnacional da ação penal. Nesta medida, se compreendemos a necessidade de se avançar para uma *Europa que protege os cidadãos* da criminalidade grave com dimensão transfronteiriça, cremos que ainda se afigura prematuro o alargamento do objeto material de atuação da Procuradoria Europeia para além dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia.

Cremos, no entanto, que se “vai caminhando” na direção certa para um sistema de justiça, mas com ainda muitas incertezas e dúvidas, que poderão beliscar princípios estruturantes de um Estado de Direito.

Importa, pois, intensificar a reflexão, sempre na perspectiva de se alcançar o equilíbrio entre os interesses conflitantes (os da prossecução penal e os da proteção dos direitos fundamentais).

REFERÊNCIAS

ASP, Petter et. al. Manifiesto sobre la política criminal europea, 2009. Disponível em <http://www.crimpol.eu/wp-content/Spanisch_Manifest_gesetzt-korr.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.

CSONKA, Peter. General presentation of the proposal and main issues: the state of negotiations, solutions reached and main issues to be resolved, In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017. Disponível em <http://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/os_novos_desafios_cooperacao_jud_e_policial_ue_implementacao_da_pe/>. Acesso em: 28 mar. 2019.

DELMAS-MARTY, Mireille. Les contradictions du droit pénal. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 1, 2000.

MITSILEGAS, VALSAMIS. *EU Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

CAEIRO, Pedro (ed.). *European Criminal Law in the Global Context: Values, Principles and Policies*, Special issue of the *New Journal of European Criminal Law*, março 2019. <https://doi.org/10.1177/2032284419836519>

CAEIRO, Pedro, FIDALGO, Sónia e RODRIGUES, João Prata. The evolving notion of mutual recognition in the CJEU's case law on detention. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25, n.º 6, 2019. <https://doi.org/10.1177/1023263X18822787>

CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Coimbra: Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/coloquios/ECLAN_2017.pdf

CAEIRO, Pedro. Reaction to “European Criminal Justice in the global context: challenges and perspectives”. In: CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em <https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/coloquios/ECLAN_2017.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CAEIRO, Pedro. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017. Disponível em <http://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/os_novos_desafios_cooperacao_jud_e_policial_ue_implementacao_da_pe/>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CAEIRO, Pedro. Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos). In: CAEIRO, Pedro (org.). *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*. Coimbra: Instituto Jurídico/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em <https://www.uc.pt/fduc/ij/areasinvestigacao/pdfs/ebook_1_comentarios.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CAEIRO, Pedro. The influence of the EU on the ‘blurring’ between administrative and criminal law”. In: GALLI, Francesca, WEYEMBERGH, Anne. *Do Labels still Matter? Blurring Boundaries between Administrative and Criminal Law. The Influence of the EU*. Bruxelles: Ed. Univ. Bruxelles, 2014.

CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado – o caso português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DELMAS-MARTY, MIREILLE, VERVAELE, J. A. E. *A aplicação do Corpus Juris nos Estados-Membros*. Utrecht: Intersentia, 4 Vol., 2000.

DELMAS-MARTY, MIREILLE (DIR.), *Corpus Juris relativo às disposições penais para a protecção dos interesses financeiros da União Europeia*. Paris: Economica, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a “sociedade do risco. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GEELHOED, Willem, ERKELENS, Leendert Hendrik, MEIJ, Arjen (Eds.). *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*, T.M.C. The Hague: Asser Press, 2018.

LIGETI, Katalin. Approximation of substantive criminal and the establishment of the European Public Prosecutor’s Office. In GALLI, Francesca, WEYEMBERGH, Anne (Ed.). *Approximation of substantive criminal law in the EU – The way forward*. Belgium: Editions de l’Université de Bruxelles, 2013.

MARLETTA, Angelo. The material competence of the European Public Prosecutor’s Office (EPPO) and the PIF Directive. In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/ Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2017. Disponível em <http://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/os_novos_desafios_cooperacao_jud_e_policial_ue_implementacao_da_pe/>. Acesso em: 28 mar. 2019.

MENDES, Paulo de Sousa. Comentário ao art.º 325º.º. In: PORTO, Manuel Lopes, ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 2012.

MITSILEGAS, VALSAMIS, BERGSTRÖM, Maria, KONSTADINIDES, Theodore (ed.). *Research handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2016. <https://doi.org/10.4337/9781783473311>.

MONTE, Mário Ferreira. *O Direito Penal Europeu de “Roma” a “Lisboa” – Subsídios Para a Sua Legitimação*. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2009.

MONTE, Mário Ferreira. O sistema judicial europeu e o controlo jurisdicional em matéria penal: reflexões em torno do direito vigente e do Tratado de Lisboa. In: ANDRADE, Manuel da Costa, ANTUNES, Maria João, SOUSA, Susana Aires de (org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *El legislador penal Europeo: legitimidad y racionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O Direito Penal europeu à luz do princípio da necessidade – o caso do abuso do mercado. *Católica Law Review*, Volume I, n.º3, nov. 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda, Direito penal europeu pós-Lisboa - um direito penal funcionalista?. In: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). *Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017. Disponível em <http://www.jusgov.uminho.pt/publicacoes/os_novos_desafios_cooperacao_jud_e_policial_ue_implementacao_da_pe/>. Acesso em: 28 mar. 2019 (artigo igualmente publicado na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146º, nº 4004, Julho-Agosto, 2017).

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal económico – é legítimo? é necessário? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 26, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito penal Europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda e MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Europeia. Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SANTOS, Margarida. A Procuradoria Europeia, a democracia económica e a ação penal dos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia. In: CARVALHO, Maria Miguel, MESSA, Ana Flávia, NOHARA, Irene Patrícia (coord.).

Democracia Económica e Responsabilidade Social nas Sociedades Tecnológicas. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, *ebook*, 2019. Disponível em <<http://bit.ly/demo-economica-dnl>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SANTOS, Margarida. O quadro legislativo (substantivo) da Procuradoria Europeia – Algumas reflexões. In: MOTA, Helena et. al. (coord.). *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. II. Coimbra: Almedina, 2017.

SANTOS, Margarida. The definition of the competence *ratione materiae* of the European Public Prosecutor's Office and the substantive legality principle - the way forward. *Portuguese Law Review*, n.º 0, Vol. 1, Spring 2016. Disponível em <<http://portugueselawreview.pt/current-issue.html>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SANTOS, Margarida, *Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia*. Lisboa: Rei dos Livros, 2016.

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

SATZGER, Helmut. Is mutual recognition a viable general path for cooperation? (commented structure and conclusion-draft). In CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em <https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/coloquios/ECLAN_2017.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SICURELLA, Rosaria, Setting up a European Criminal policy for the Protection of EU Financial interests: guidelines for a coherent definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office. In: LIGETI, katalin, (ED). *Toward a Prosecutor for the European Union. Volume 1: A Comparative Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2.^a ed., revista e aumentada. Madrid: Civitas, 2001.

WADE, Marianne. A European public prosecutor: potential and pitfalls. *Crime Law Soc Change*, mar., 2013. Disponível em <<http://download.springer.com/static/pdf/940/art%253A10.1007%252F510611-012-9406-x>>.

pdf?auth66=1382393008_5cf47e301d19135857c7d662fc76fc0d&ext=.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

WADE, Marianne (coord.). *EuroNEEDs, Evaluating the need for and the needs of a European Criminal Justice System*. Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht, Preliminary report, 2011. Disponível em <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/euroneeds_report_jan_2011.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

WEYEMBERGH, Anne. Reaction to “Transforming the *ne bis in idem* principle into a fundamental right in the EU”. In CAEIRO, Pedro (org.). *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*. Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em <https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/coloquios/ECLAN_2017.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

WEYEMBERGH, Anne, BRIÈRE, Chloé. *Towards a European Public Prosecutor’s Office (EPPO)*, Study for the Libe Committee. European Parliament, 2016. Disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU\(201\)571399_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU(201)571399_EN.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2019.

VERVAELE, John, European Criminal Justice in the global context: challenges and perspectives. In: CAEIRO, Pedro (org.), *Proceedings of the conference European criminal law in the global context: values, principles and policies*, Coimbra: Instituto Jurídico/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em <https://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/coloquios/ECLAN_2017.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

VERVAELE, John A. E. The material scope of competence of the European Public Prosecutor’s office: a harmonised national patchwork?. *Centro Studi di Diritto Penale Europeo*, 2015. Disponível em <<http://dirittopenaleeuropeo.it/wp-content/uploads/2015/10/Vervaele-2014-15.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

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: 07/04/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/04/2019
- Avaliação 1: 18/04/2019
- Avaliação 2: 22/04/2019
- Avaliação 3: 30/04/2019
- Decisão editorial preliminar: 16/05/2019
- Retorno rodada de correções: 27/05/2019
- Decisão editorial final: 04/06/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (PC)
- Editor-assistente: 1 (CRG)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Margarida. A implementação da Procuradoria Europeia – a emergência de um modelo de intervenção penal entre a cooperação e a integração penal? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 999-1038, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.240>



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

**Fundamentos de
Direito Processual Penal**

*Fundamentals of
Criminal Procedure*

Práticas judiciárias no campo criminal e a construção das *verdades* na persecução penal: um debate a partir de Michel Foucault

Legal practices in the criminal field and the construction of truths in criminal persecution: a debate grounded on Michel Foucault

Bruno Cavalcante Leitão Santos¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS

brunoleitao.adv@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9699629460607799>

 <https://orcid.org/0000-0001-7556-2348>

Francisco de Assis de França Júnior²

Universidade de Coimbra/Portugal

fafjunior2016@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/2739102277898461>

 <http://orcid.org/0000-0002-6958-920X>

Hugo Leonardo Rodrigues Santos³

Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL

hugoleosantos@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/6520668011243642>

 <https://orcid.org/0000-0003-0139-0525>

¹ Doutorando (PUC/RS) e Mestre em direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL; Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL); Advogado.

² Doutorando e Mestre em direito pela Universidade de Coimbra (PT); Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL); Advogado.

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Professor da Universidade Federal de Alagoas – UFAL e do Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL).

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal analisar criticamente práticas judiciais emblemáticas no campo criminal e o seu papel na construção das *verdades* que interessam à vigente persecução penal brasileira. Importa-nos discutir, por exemplo, se a exposição de pessoas presas e a busca pela confissão são instrumentos legítimos de um sistema que se anuncia como acusatório. O recorte dessa problemática, tão importante quanto complexa, será estruturado a partir de Michel Foucault, autor cujas *escavações* conceituais nos permitem observar mais nitidamente as articulações realizadas pelo sistema oficial de controle rumo à manutenção de seu acentuado protagonismo no exercício do poder punitivo. As hipóteses utilizadas no desenvolvimento estão baseadas na ideia de que as midiáticas apresentações de pessoas presas e a busca pela confissão do investigado são elementos fundamentais nesse processo histórico de circularidade autoritária, mantendo-se atualmente circunstâncias absolutamente desrespeitosas de direitos e garantias constitucional e democraticamente estabelecidas.

PALAVRAS-CHAVE: Práticas judiciais; Persecução Penal; Construção das verdades; Garantias constitucionais.

ABSTRACT: *The main objective of this article is to critically analyze emblematic judicial practices in the criminal field and its role in the construction of the truths that are relevant to the current Brazilian criminal persecution. It is important to discuss, for example, whether the exposure of prisoners and the search for confession are legitimate instruments of a system that announces itself to be accusatory. The cut of this problematic, as important as it is complex, will be structured from Michel Foucault, author whose conceptual excavations allow us to observe more clearly the articulations carried out by the official system of control towards the maintenance of its accentuated protagonism in the exercise of punitive power. The hypotheses used in the development are based on the idea that the mediatic presentations of prisoners and the search for the confession of the investigated are fundamental elements in this historical process of authoritarian circularity, currently maintaining absolutely disrespectful conditions of rights and guarantees constitutional and democratically established.*

KEYWORDS: *Legal practices; Criminal persecution; Construction of Truths; Constitutional guarantees.*

SUMÁRIO: 1. Introdução: Michel Foucault e a construção das verdades no campo criminal; 2. A verdade e as formas jurídicas; 3. Obrar mal,

decir la verdad; 4. O papel atribuído ao investigado na persecução penal brasileira: as apresentações e a busca pela confissão como parte do processo de construção das verdades; Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO: MICHEL FOUCAULT E A CONSTRUÇÃO DAS VERDADES NO CAMPO CRIMINAL

Tentar desvelar o que escondem as práticas já naturalizadas na dinâmica social não é um desafio simples. Para superá-lo, cumpre empreender esforços para uma *educação do olhar*. Quem se dispõe a encarar as complexidades que se apresentam nesse tipo de percurso deve possuir certos atributos: um apurado senso crítico, além de um certo ceticismo e uma constante inquietação que transborda o academicismo. Paul-Michel Foucault os possuía. Entretanto, ressalte-se desde já que tentar traduzir suas ideias é sempre um empreendimento perigoso, sobretudo, em linhas tão breves⁴. Aliás, justamente por isso, não nos restou outra alternativa, senão utilizarmos-nos com frequência de notas de rodapé, sempre indicando as fontes que podem servir para o aprofundamento de algumas das reflexões propostas.

Sua coragem e disposição para o enfrentamento de questões até então menosprezadas pelo ambiente acadêmico mais *convencional* nos legou uma obra que poderia ser comparada, como o próprio Michel Foucault diria⁵, a uma recheada *caixa de ferramentas*. Aulas, conferências, artigos, livros e entrevistas constituem um vasto instrumental, à inteira disposição daqueles destemidos, interessados em confrontar os sistemas sociais de controle e de punição – os quais estão sempre irrigados político-ideologicamente pelos que procuram se manter desembaraçadamente no exercício do poder, sobretudo no exercício do poder punitivo.

⁴ Isso porque “ele mesmo jamais expôs integralmente sua doutrina, deixou para seus comentadores essa temível tarefa”. VEYNE, Paul. *Foucault - seu pensamento, sua pessoa*, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 17.

⁵ FOUCAULT, Michel. *Segurança, penalidade e prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

Percebe-se que o instrumental foucaultiano não tem nada de *sublime*, tendo sido moldado para o *trabalho sujo*, para uma espécie de escavação intelectual interessada nas filigranas, nos vestígios menos visíveis, em singularidades e em detalhes geralmente expurgados pela maioria dos pesquisadores⁶. Talvez por isso, se nos é permitida uma *generalização* – da qual Foucault era avesso –, a *arqueologia* seja a atividade que mais se coadune com uma tentativa de *capturar* o que representaria, em termos acadêmicos, o pensamento de Michel Foucault⁷. Suas energias estariam voltadas a “reconstituir atrás do fato toda uma rede de discursos, de poderes, de estratégias e de práticas”⁸.

O que se pode abstrair de cada um de seus escritos é uma espécie de sugestão para que aprofundemos ao máximo a análise das formações histórico-sociais enfocadas⁹. Michel Foucault não é dado a oferecer soluções prontas. Definitivamente, ele não se propôs a cumprir com esse papel, não nos impôs saídas ou fórmulas salvadoras, diante dos *déficits* democráticos constatados na dinâmica social¹⁰. Muito longe disso. O autor nos mostrou, sem recorrer a atalhos simplistas, a teia de relações extremamente fina que se estabelece entre poder, saber e (a pretensão de) *verdade*, estejam ou não nos aparatos estatais¹¹. Suas investigações

⁶ “(...) é melhor partir do detalhe das práticas, do que se fazia e se dizia, e realizar o esforço intelectual de explicitar-lhe o discurso; é mais fecundo (porém mais difícil para historiadores e também para seus leitores) do que partir de uma ideia geral e bem conhecida”. VEYNE, Paul. *Foucault - seu pensamento, sua pessoa*, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 21.

⁷ Para se ter uma ideia da importância do termo no desenvolvimento do pensamento foucaultiano, recomenda-se: FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Lisboa: Almedina, 2016. MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber*, 3ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

⁸ REVEL, Judith. *Michel Foucault – conceitos essenciais*. São Carlos: Claraluz, 2005. p. 13.

⁹ VEYNE, Paul. *Foucault - seu pensamento, sua pessoa*, 2ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 23.

¹⁰ Nesse sentido, afirmou: “não quero de jeito nenhum desempenhar o papel de quem prescreve soluções”. FOUCAULT, Michel. *La inquietud por la verdad – escritos sobre la sexualidad y el sujeto*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015. p. 88, em tradução livre.

¹¹ “(...) as relações de poder são as que os aparatos do Estado exercem sobre os indivíduos, mas assim mesmo a que o pai de família exerce sobre sua mulher e filhos, o poder exercido pelo médico, o poder exercido pelo notável, o

estão quase sempre demarcadas pela fragmentariedade, repetitividade e descontinuidade¹².

Nesse contexto, como já deixamos antever, decifrar o pensamento foucaultiano é providência que exige uma cuidadosa observância do maior número possível de suas reflexões, obrigando-nos, portanto, a transitar com alguma desenvoltura por praticamente todas as suas *fases*.¹³ A leitura parcial, quando muito, haverá de nos permitir uma análise relativamente segura de um específico escrito, de um momento de sua vida intelectual, mas não do todo de seu percurso acadêmico, de seu complexo pensamento.

Os dedicados ao estudo criminológico, por exemplo, não raramente, limitam-se a utilizar as reflexões encontradas em *Vigiar e punir*,¹⁴ sobretudo aqui no Brasil, onde o autor tem recebido um tratamento quase acrítico e às vezes até reverencial.¹⁵ É comum nos preocuparmos

poder que o proprietário exerce em sua fábrica sobre seus operários”. FOUCAULT, Michel. *El poder, una bestia magnífica – sobre el poder, la prisión y la vida*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 42, em tradução livre.

¹² FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 12.

¹³ É possível traçar um *esboço* de divisão de sua obra. Seguindo o método de classificação por *fases*, bastante difundido entre os que se dedicam a estudar-lo, três delas merecem destaque: a arqueológica; a genealógica; e a ética (ou estilística da existência). Na primeira delas, focada, *grosso modo*, no estudo do discurso, o pensador francês escreveu as seguintes obras: *História da loucura* (1961), *Nascimento da clínica* (1963), *As palavras e as coisas* (1966) e a *Arqueologia do saber* (1969). Em sua segunda fase, dedicada mais propriamente ao estudo dos poderes disciplinares decorrentes dos discursos, surgiram: *Vigiar e punir* (1975) e a *História da sexualidade I: vontade de saber* (1976). Na terceira, com foco na análise de como a pessoa se autogoverna, provavelmente sua fase menos estudada pelos interessados em discutir seu pensamento, tivemos: *História da sexualidade II: o uso dos prazeres* (1984) e a *História da sexualidade III: o cuidado de si* (1984).

¹⁴ O mesmo pode ser dito quanto aos psicólogos, que por vezes se atêm tão somente à *História da loucura*.

¹⁵ Para uma leitura crítica do uso de Michel Foucault em *terrae brasilis*, trabalhando, aliás, com a hipótese de que no Brasil não teríamos uma sociedade disciplinar nos moldes daquela estudada pelo autor francês, recomenda-se: OLIVEIRA, Luciano. Relendo Vigiar e Punir. *Revista Olhares Plurais – revista eletrônica multidisciplinar*, vol. 1, n. 4, 2016, p. 6-30. Disponível em: <<http://revista.seune.edu.br/index.php/op>>. Acesso em 20.03.2017. E ainda: OLIVEIRA, Luciano. *O aquário e o samurai: uma leitura de Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

em *traduzir* as interações do sistema de controle e de punição sem nos aprofundarmos nas questões *pré-conceituais*, trabalhadas em sua fase *arqueológica*. É, pois, preciso percebermos seus *rastros*, as *chaves* interpretativas espalhadas no desenvolvimento de seu trabalho¹⁶, os deslocamentos conceituais, as constantes rupturas que ele provoca, as descontinuidades coerentes de seu pensamento¹⁷. Pode-se considera-lo, em *linhas gerais*, uma espécie de *antimetodologista*¹⁸.

As considerações feitas até aqui se justificam pela preocupação em tentar demonstrar que não temos a menor pretensão de analisar as *práticas judiciais no campo criminal e a construção das verdades* com base no todo do pensamento de Michel Foucault, tampouco de construir reflexões acessando isoladamente um de seus trabalhos. O recorte proposto neste artigo está ancorado em reflexões que foram transmitidas ao público em períodos que perpassam por, pelo menos, duas de suas fases (a arqueológica e a genealógica). Apesar de todas as contingências efetuadas, essa proposta parece-nos interessante, para a compreensão das idiosincrasias do sistema criminal.

¹⁶ Foucault cunhou um vocabulário técnico próprio, como, por exemplo, suas ideias de *episteme* e de *discurso*, que aqui, por fugir de nossos propósitos com o presente estudo, não iremos aprofundar.

¹⁷ “As rupturas – ocorreram –, as dificuldades – não faltaram –, os arrependimentos – tiveram seu papel –, tudo conspira para no final dar uma impressão de uma coerência organizadora”. ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 211.

¹⁸ Não no sentido de que ele não tivesse um de método de trabalho, mas no sentido de que ele não seguia os métodos (uniformes) tradicionalmente dispostos àquela época. Em *A arqueologia do saber*, por exemplo, livro escrito “para se livrar da marca do ‘estruturalismo’”, Foucault dedica-se a explicação do método que utilizava até então. ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 173. Não à toa o referido livro tem sido, até hoje, apontado como fundamental para entender seu itinerário acadêmico até ali, embora também explique que o mesmo não se trata de um livro sobre metodologia. Foucault alega que não teria um método que se aplicaria da mesma forma a domínios diferentes. Diz ele a respeito: “sou, como se queira, um empirista cego, o que significa que estou na pior das situações. Não tenho uma teoria geral e não tenho tampouco um instrumento seguro”. FOUCAULT, Michel. *El poder, una bestia magnífica – sobre el poder, la prisión y la vida*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 73-74, em livre tradução.

Nesse sentido, as primeiras reflexões que, à partida, servirão para nos embasar na construção deste trabalho, encontram-se no livro *A verdade e as formas jurídicas*¹⁹, resultado de cinco conferências que o autor proferiu na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, no Brasil; as demais encontram-se em *Obrar mal, decir la verdad - la función de la confesión en la justicia*²⁰, resultado de seis conferências realizadas na escola de criminologia da Universidade Católica de Louvain, na Bélgica. Perpassaremos as ideias centrais, refletindo *com* o autor, e não propriamente *como* ele. Ademais, nossas ponderações, embora partam dele, não se limitarão ao pensamento *foucaultiano*.

Por fim, nosso principal objetivo é o de tentar desvelar, ainda que sucintamente, o que estaria por trás dos discursos utilizados para sustentar a dinâmica autoritária (quase sempre disfarçada) de funcionamento do sistema criminal brasileiro, sobretudo, no âmbito da *participação do investigado* (eis aqui o problema fulcral). A investigação criminal, por sua vez, especialmente quando envolta pela comoção social, deflagra uma busca quase que desenfreada pelo estabelecimento de uma *verdade*, uma pressão quase que incontida pela apresentação de *culpados*, pela exposição de suas confissões e arrependimentos e, é claro, pelo pronto reestabelecimento da *ordem* discursiva violada pelo suposto delinquente.

Das inúmeras práticas judiciárias no campo criminal, interessamos aqui, em especial, as já popularizadas *apresentações à imprensa*, bem como as *confissões*, patrocinadas com entusiasmo e pompa por agentes estatais. A tríade prisão/exibição/confissão é sintomática na investigação e na dinâmica social brasileira. O ritual de expor o *inimigo capturado* e fazê-lo reconhecer seu *erro* publicamente, atraindo a atenção da sociedade – sedenta por essas humilhações –, constitui-se numa mensagem poderosa (aos “filhos”) passada pelo Estado (“pai”) de que tudo está *sob controle*²¹.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

²⁰ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad: la función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

²¹ Sobre a ideia de um *pai punitivo*, ver: FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Obras completas, v. 11. São Paulo: Companhia das letras, 2012. Sobre a relação entre esse conceito psicanalítico e o sistema penal, ver: BATISTA, Nilo. *A lei como pai*. *Passagens*, v. 2, n. 3. Rio de Janeiro, 2010, p. 20-38.

Nas palavras do próprio Foucault²², um tipo de comportamento que se constitui numa insistente e inócua *tagarelice criminológica*.

É no contexto acima descrito e sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, que nos imiscuiremos junto à obra de Michel Foucault. Antes, porém, um último registro merece ser feito. As lições do autor enfocadas foram construídas, como é óbvio, com suporte na realidade francesa de sua época, a realidade em que ele vivia, apesar de suas eventuais incursões por outros países, em especial os do continente europeu. Desse modo, como bem alertou Luciano Oliveira²³, nosso esforço também estará voltado para, sempre que nos for possível, tentar *conciliar* reflexões amparadas nos *padrões franceses* com a realidade *marginal* historicamente vivenciada pelos brasileiros. Eis os desafios dispostos à frente.

2. A VERDADE E AS FORMAS JURÍDICAS

As conferências apresentadas por Michel Foucault no Brasil,²⁴ ocorreram no auge do golpe militar, mais propriamente em maio de

²² FOUCAULT, Michel. *Segurança, penalidade e prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 283.

²³ OLIVEIRA, Luciano. Relendo Vigiar e Punir. *Revista Olhares Plurais* – revista eletrônica multidisciplinar, vol. 1, n. 4, 2016, p. 6-30. Disponível em: <<http://revista.seune.edu.br/index.php/op>>. Acesso em 20.03.2017.

²⁴ Foucault já havia proferido uma série de conferências em São Paulo, em 1965, a convite de Gérard Lebrun, seu antigo aluno, a quem mostrou e pediu que opinasse sobre o manuscrito que se tornaria *As palavras e as coisas*. ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 148. Em 1967 ele revela sua admiração aos estudantes brasileiros: “Probablemente sólo en Brasil y Túnez encuentre entre los estudiantes tanta seriedad y tanta pasión, pasiones tan serias, y – lo que más me encanta de todo – la avidez absoluta por saber”. FOUCAULT, Michel. *¿Qué es usted, professor Foucault?* – sobre la arqueología y su método. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 80. Foucault volta novamente ao Brasil em 1975 (onde havia estado também em 1974), quando em 25 de outubro, presencia toda a repercussão negativa da morte do jornalista Vladimir Herzog nas dependências do DOI-Codi em São Paulo. Extremamente irritado, Foucault interrompe a série de conferências que tinha programado e deixa o país, não sem antes registrar publicamente “que se recusa a ensinar num país onde não existe liberdade”. Apesar disso, retorna em 1976, quando vai a Salvador, Recife e Belém. ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. São Paulo: Companhia das Letras,

1973. Suas realizações foram viabilizadas pelo departamento de Letras da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – o qual, mesmo diante das circunstâncias autoritárias da época, consistia em um espaço de resistência liberal²⁵.

Para se compreender as *práticas judiciárias no campo criminal e a construção das verdades* a elas vinculadas seria preciso atentar, em primeiro lugar, para “a natureza das lutas que, numa sociedade, se desenrolam em torno do poder”²⁶. Paredes meias com os postulados abolicionistas, contrapondo criticamente os ideais hobbesianos, Foucault destacava que “o crescimento do poder faz os homens entrarem no sistema dos signos, das marcas, e o aumento de poder está essencialmente destinado a instaurar nas relações entre os homens a marca visível [do] poder [de um deles]”²⁷. Avançando para a problemática da punição, estágio mais acentuado das relações de poder, questiona-se: por que então a *forma-prisão* ganhou relevo entre as práticas judiciárias? Essa, aliás, segundo ele, seria uma indagação negligenciada historicamente pelos pesquisadores²⁸.

1990. p. 288-289. Para mais informações sobre a presença do autor francês no Brasil, ver: MACHADO, Roberto. *Impressões de Michel Foucault*. São Paulo: N-1, 2017.

²⁵ Alguns meses antes da visita ao Brasil, Foucault havia concluído seu concorrido curso sobre a *sociedade punitiva*, no anfiteatro do *Collège de France*. Entre janeiro e março daquele ano de 1973, todas as quartas-feiras, ele esteve interessado na elaboração de críticas das noções de exclusão e de transgressão atreladas a determinadas instituições, como, por exemplo, os hospitais psiquiátricos. Sua hipótese de partida seria a de que existiriam sociedades (ou penalidades) de exclusão, indenização, marcação ou reclusão. Nesse contexto, as táticas utilizadas para reagir contra os que se dispunham a contestar aqueles que detinham o poder, além do próprio sistema penal, foram os objetos de sua *escavação* durante o curso. Veja-se: FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

²⁶ FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 13.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *Oo. Cit.*. p. 26.

²⁸ FOUCAULT, Michel. *Segurança, penalidade e prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 285-286. “Faz-se a história do direito, a história da economia, mas raramente se fala da história da justiça, da prática judiciária, do que foi de fato um sistema penal, do que foram os sistemas de repressão”. ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 228.

Tinha-se uma preferência, portanto, pela busca dos fundamentos abstratos do *direito de punir*, como se se apresentasse como mais urgente dotá-lo de alguma legitimidade/racionalidade²⁹. Detenhamo-nos um instante nesse ponto. A racionalização das práticas punitivas parecia ter por meta a ofuscação da violência que lhe é intrínseca. Michel Foucault contrapunha-se a ideia de que isso seria possível. Nesse sentido, criticou o sistema de controle e de punição, essa forma institucionalizada de violência, afirmando o seguinte:

Na violência, o mais perigoso é a sua racionalidade. Certo, a violência em si mesma é terrível. Mas a violência encontra seu ancoreado mais profundo e sua forma de permanência na forma de racionalidade que nós utilizamos. Se afirmou que se vivêssemos em um mundo racional, poderíamos nos desfazer da violência. Isso é completamente falso. Entre a violência e a racionalidade não há incompatibilidade. Meu problema não é condenar a razão, mas sim determinar a natureza dessa racionalidade que é compatível com a violência. Não é a razão em geral que eu combato. Não se poderia combater a razão³⁰.

Foucault utiliza a filosofia de Nietzsche para iniciar suas reflexões junto ao público brasileiro, o que, dentre outras pistas, já nos permite prenunciar sua fase *genealógica*, momento em que ele passa a dar mais ênfase à análise crítica do saber-poder disciplinar. Em sua conferência inaugural, o autor *martela* que “práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento”³¹. É nesse interregno que se acentua a sua preocupação com as conexões entre o discurso e as práticas. Escolas, fábricas, hospitais, quartéis e, especialmente, o sistema

²⁹ Veja-se a crítica feita por Foucault ao “humanismo” propagado com pompa por Cesare Beccaria e seus seguidores: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2005.

³⁰ FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits, v. III*. Paris: Gallimard, 1994, p. 803, em tradução livre.

³¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002. p. 18.

de punição, eram seus principais objetos de estudo, em um esforço para desvelar as influências presentes na maneira de pensarmos hoje as ditas *formas jurídicas*. Segundo Foucault, as práticas penais serviriam para a definição de algumas dessas formas³², como o *inquérito*, por exemplo, cuja dinâmica foi analisada pelo autor francês.

Para possibilitar o acesso ao *conhecimento* – produto da invenção do homem e que, portanto, “não está em absoluto inscrito na natureza humana”³³ –, seria preciso nos aproximarmos da esfera do político, para tentarmos “compreender quais são as relações de luta e de poder”³⁴. Sempre amparado em Nietzsche, Foucault³⁵ dirá que “o conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra”, nele haverá sempre “alguma coisa que é da ordem do duelo e que faz com que ele seja sempre singular”. É nesse contexto que o autor insere no debate uma perspectiva marxista da ideologia. Demonstrando sua discordância com o que chamou de *marxismo acadêmico*, Foucault³⁶ vai apontar que, ao invés de as condições políticas e econômicas se constituírem num véu ou obstáculo que comprometem a relação do sujeito com a verdade, seriam elas, na realidade, “aquilo através do que se formam os sujeitos do conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade”.

Mas, por qual motivo se deveria partir da observação das práticas judiciárias, nessa análise crítica? Exatamente, porque teriam sido tais práticas o nascedouro de modelos de verdades que ainda hoje circulam em nosso meio – impondo-se, portanto, em diversos setores da sociedade, inclusive nos apontados como *científicos*. É na tragédia grega, mais propriamente no infortúnio de Édipo³⁷, que Foucault³⁸ vai buscar subsídio para tentar explicar a relação entre poder e saber, entre o poder político e o conhecimento, e daí chegar a apontar que, coletivamente, “há realmente

³² FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 21.

³³ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 25.

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 31.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 33.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 34.

³⁷ SÓFOCLES. *Édipo-Rei*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

³⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002. p. 39.

um complexo de Édipo na nossa civilização”. As consequências do triângulo edipiano (pai-mãe-filho) teriam sido “o primeiro testemunho que temos das práticas judiciais gregas”. Os envolvidos no episódio, aduz nosso autor, empreenderam uma pesquisa que lhes permitiu – ao ignorarem uma certa verdade, um certo procedimento pré-estabelecido – “descobrir uma verdade que coloca em questão a própria soberania do soberano”.

As peculiaridades da narrativa de Sófocles acabaram por auxiliar na sedimentação da ideia de que “a verdade nunca pertence ao poder político” e de que “o poder político é cego” a esse respeito. Saber e poder político não se confundiriam. Coube a Nietzsche demolir esse mito e mostrar que “por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta pelo poder”, o que o leva a concluir que “o poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber”.³⁹ Nesse sentido, o inquérito, uma vez formalizada e estatizada a justiça penal, seria uma forma política, um modo de gestão, um instrumento para o exercício do poder. Destinado a dizer a verdade, é ele, portanto, uma forma de saber-poder.⁴⁰ Todo esse cenário de efervescência política, especialmente depois das contribuições teóricas de Beccaria, de Brissot e, sobretudo, de Bentham – e o resultado dessas ideias nas práticas punitivas engendradas naquela época – é o que vai nos permitir identificar a formação de uma sociedade dita *disciplinar*⁴¹.

O empoderamento estatal nas questões do controle social não se manteve estaque nos estabelecimentos prisionais, muito pelo contrário, desaguou numa *sociedade de vigilância*, ou seja, “uma forma de arquitetura que permite um tipo de poder do espírito sobre o espírito; uma espécie de instituição que deve valer para escolas, hospitais, prisões, casas de correção, hospícios, fábricas etc”⁴². Eis o impacto do *panoptismo* proposto por Jeremy Bentham⁴³, a quem Foucault atribui mais importância social do que a Kant ou a Hegel. O *Panopticon* “é uma forma de poder que repousa

³⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002. p. 56.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 79.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 81 ss.

⁴² FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 88.

⁴³ BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

não mais sobre um inquérito, mas sobre algo totalmente diferente”⁴⁴. O inquérito, por intermédio de práticas judiciais, reatualizava um acontecimento, o panoptismo permitia a vigilância permanente, “um saber que tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não etc.”⁴⁵.

É a partir desse caldo cultural que a prisão vai se firmar como o dispositivo preferido dos agentes estatais responsáveis pela manutenção da *ordem*. O crescimento econômico e a necessidade de se proteger a produção também fomentaram esse processo. As noções de periculosidade, de necessidade de vigilância, de correção, de ressocialização, de normalização, de controle, vão ganhar proeminência justamente nesse período (meados do séc. XVIII e início do séc. XIX) – impactando as rotinas do sistema prisional, além de diversas outras instituições. Formalizou-se socialmente uma *rede de sequestros* voltada principalmente ao controle absoluto dos corpos. O objeto de interesse precípua dos mecanismos de controle não é propriamente o que se faz, mas sim, aquilo o que se poderá fazer⁴⁶. A prisão se impõe, dirá Foucault⁴⁷, “porque era, no fundo, apenas a forma concentrada, exemplar, simbólica de todas estas instituições de sequestro criadas no século XIX”.

Com um ideário disciplinar tão difundido e reverberado, constituiu-se a prisão numa *expressão de um consenso social*, uma instituição da qual não se poderia abrir mão, para onde iriam apenas aqueles que cometeram uma falta, que violaram a *ordem*⁴⁸. Sua existência, portanto, não é apenas simbólica, mas útil e funcional aos interesses dos governantes. Uma vez *selecionado*, sob uma perspectiva prática (tanto do senso comum quanto de profissionais da área jurídica), é o sujeito (melhor, o inimigo) quem deve envidar esforços para mostrar que não a merece –

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002. p. 88.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 89.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002. p. 104 ss.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 120-121.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 121.

invertendo-se, assim, a ideia de um processo democrático, segundo o qual deveria ser presumida a inocência dos acusados⁴⁹. Essa presunção, aliás, não é consentânea – ao menos não integralmente – da cultura do controle, ao contrário, é potencialmente nociva à irrigação do sistema tal como historicamente vem funcionando.

3. OBRAR MAL, DECIR LA VERDAD

O convite para ministrar um curso na escola de criminologia da Universidade Católica de Louvain, na Bélgica, em 1981, mesmo com toda experiência que já acumulava então, parece ter sido encarado como um interessante desafio por Michel Foucault. Tanto que, em mais de uma oportunidade, no decorrer dos encontros, solicitou que não lhe perguntassem se era um historiador ou um filósofo, e fez questão de frisar: “não venho como jurista”⁵⁰. Era, muito provavelmente, a primeira vez que o pensador francês se deparava com uma plateia constituída majoritariamente por juristas e, principalmente, por criminólogos – os quais estavam todos, naquela oportunidade, envolvidos nos debates a respeito da reforma do Código Penal belga.

A realização do evento partiu de Françoise Tulkens. Partidária da perspectiva abolicionista, a professora de direito belga demonstrava insatisfação pelos rumos que haviam sido tomados pela Comissão de Reforma do Código Penal, especialmente, quanto à ideia de *perigosidade*⁵¹. Foi, portanto, nesse contexto de certa tensão discursiva que as conferências foram realizadas. Michel Foucault parecia estar ali para servir

⁴⁹ Tanto que, aqui no Brasil, recentemente, o próprio Supremo Tribunal Federal já a reconhece como mitigada. Nesse sentido, vejam-se as manifestações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, originário do Estado de São Paulo, permitindo o cumprimento de sentença penal antes do trânsito em julgado.

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdade: la función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 31. Algumas páginas adiante ele repisa: “[...] tendo em conta que não sou um jurista, nem sequer um historiador do direito”, p. 39, traduzido livremente. Depois volta a insistir: “ao não ser jurista nem historiador do direito, não queria que esperassem de mim uma técnica que não sou capaz de entregar-lhes”, p. 69, em tradução livre.

⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 11.

como um contraponto aos postulados da *defesa social* acolhidos pelos juristas que dominavam os debates, no processo de reforma da legislação penal local. A força de seus argumentos, o vigor de suas inquietações e a maneira desconcertante com que apresentava suas reflexões seriam o combustível necessário para fortalecer a atuação do grupo minoritário de criminólogos críticos que estavam diretamente envolvidos nos debates. Todos os seus esforços acadêmicos, naquela oportunidade, voltaram-se para a compreensão histórica da função da confissão no processo de investigação criminal, embora tenha sido ressaltada também, ainda que *en passant*, a importância da confissão em processos de natureza cível⁵². Não seria a primeira vez que destacaria a confissão como objeto de reflexões, mas, pode-se afirmar que, em Louvain, o tema recebeu um tratamento privilegiado.

Ao abordar conceitualmente a confissão, na conferência inaugural, Foucault inicia afirmando que, de maneira geral, o confessor ao resolver falar afirma algo sobre si mesmo, sobre o que ele mesmo é. Mas não seria uma mera declaração. Quem assim procede, admitindo um crime (uma espécie de falta ou desvio), compromete-se de alguma forma a ser o seu autor, aceitando sua responsabilidade, sujeitando-se, obrigando-se, portanto, a ser o que disse ser.⁵³

Não poderia faltar à análise uma perspectiva que a conectasse com um de seus principais objetos de estudo: as relações de poder. Assim, a confissão serviria para suscitar ou reforçar uma relação de poder que se exerce sobre aquele que confessa. Por isso, arremata Foucault, não há confissão que não seja *custosa*⁵⁴. Com o passar dos tempos, a confissão acabaria se consolidando como uma espécie de *discurso da verdade*, uma complexa peça processual, cujo ato seria tecnicamente o que ele acaba denominando por *veridicção*⁵⁵. Tal análise empreendida por Foucault, uma

⁵² FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 39. Foucault também já havia ressaltado a importância da confissão para outras áreas do conhecimento, como a medicina e a psiquiatria, p. 28.

⁵³ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 24-26.

⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdade: la función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 26.

⁵⁵ Traduzido livremente para português de *veridicción* (dizer a verdade). FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 29. Com a expressão, Foucault recorre claramente

vez observada a dispersão social dos regimes de *veridificação*, é uma forma de se contrapor à uniformização técnica do mundo moderno influenciada pelo positivismo comtiano⁵⁶. Vê-se claramente sua inquietação frente ao estabelecimento de fórmulas de *universalização* ou *normalização*.

O leitor já habituado com a obra de Foucault não deixará passar despercebido o enorme interesse de Foucault pela antiguidade⁵⁷, muito especialmente, pela literatura grega. Em seus livros, aulas, conferências ou entrevistas, frequentemente nos deparamos com análises que estão especialmente voltadas aos textos clássicos da Grécia antiga. Isso também é notado nas conferências realizadas em Louvain. Por exemplo, é de Homero que ele se vale inicialmente, para uma análise mais detida do tema proposto. Logo no momento seguinte, vemos o autor envolto, uma vez mais, com a tragédia de Édipo, a quem Foucault atribuirá a iniciativa de colocar em marcha uma série de investigações que proporcionarão ao desafortunado personagem encontrar a temível *verdade*⁵⁸.

Aliás, Édipo-Rei, de Sófocles, parece ter sido um de seus textos antigos preferidos, vez que aquela oportunidade seria a *milionésima vez* que refletiria sobre texto, segundo o próprio autor reconhece. Mais ainda, o testemunho oferecido por Paul Veyne⁵⁹ parece não nos deixar dúvidas a respeito de sua *preferência*. Numa manhã, em seu escritório, Veyne havia sido interpelado da seguinte forma por Foucault: “Ouça, Veyne, você não acha que existem coisas em literatura que estão acima de todo o resto?

a um jogo de palavras com a ideia de *jurisdição* (dizer o que é justo). “a atividade de dizer a verdade e a atividade de dizer o justo, a atividade de veridificação e a atividade de jurisdição”, p. 39, em tradução livre.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 30.

⁵⁷ “Da Antiguidade o cristianismo, passa-se de uma moral que era essencialmente a busca de uma ética pessoal a uma moral como obediência a um sistema de regras. Se me interessei pela Antiguidade foi porque, por toda uma série de razões, a ideia de uma moral como obediência a um código de regras está, agora, desaparecendo, já desapareceu. E a essa ausência de moral responde, deve responder, uma busca que é a de uma estética da existência”. FOUCAULT, Michel *Apud* VEYNE, Paul. *Foucault: seu pensamento, sua pessoa*, 2ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 219-220.

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdade: la función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 88.

⁵⁹ VEYNE, Paul. *Foucault: seu pensamento, sua pessoa*, 2ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 251.

Para mim, a fala de Édipo cego, no fim de *Édipo rei...*”. Veyne aduz que o amistoso *invasor*, com os olhos arregalados e o livro aberto nas mãos, não concluiu a frase – agora dizemos nós –, extasiado pela leitura.

Para Foucault, Sófocles havia nos proporcionado a primeira representação dramática daquela *nova* prática judicial, daquela ideia de *veridição*, que acabou fazendo da confissão um elemento essencial do sistema judicial⁶⁰. Apesar de sua influência *a posteriori* junto ao Direito, não se pode atribuir a gênese dessa obrigação de dizer a verdade ao cristianismo⁶¹. Não obstante, não há dúvidas de que a tradição cristã fez reverberar tal ideia ao apelo junto ao *sacramento da penitência*, num ritual que impõe a confissão dos pecados⁶². É, portanto, necessário falar de si. Entretanto, para isso, é preciso realizar um autoexame, passar em revista as faltas (os pecados), sujeitar-se ao outro, submeter-se, devotar-lhe alguma obediência. Essa confissão *de boca* constitui um dos elementos essenciais do ritual penitencial⁶³.

Sabendo estar diante de um público constituído especialmente de criminólogos, em sua última conferência, Foucault falou de maneira mais detida e interessada sobre a aparição do *criminoso confessante* no sistema de justiça criminal e a importância da prova, que se constitui a partir daí. Abordou, após destacar o intenso processo de investigação inquisitorial e a utilização da tortura, o surgimento do sistema processual dito acusatório, para ele, centrado no enfrentamento entre dois adversários e dois interlocutores⁶⁴. Com a chegada da modernidade, *racionalizadora* do sistema de punição⁶⁵, a

⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad: la función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 93.

⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 107. “O cristianismo, se não inventou, introduziu ao menos um procedimento de confissão totalmente singular na história das civilizações, coação que perdurou ao largo de séculos e séculos”. FOUCAULT, Michel. *El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 82, em tradução livre.

⁶² FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 119. Foucault também atribui aos “meios religiosos” o nascimento da reclusão punitiva. FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 80.

⁶³ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 204.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 220.

⁶⁵ Veja-se a crítica de Foucault a respeito dessa ideia de racionalização e humanização do sistema de punição, movimento cuja deflagração na história é

confissão se converte em um evento de extrema importância, vez que ela se prestará a reconhecer a legitimidade do castigo que deverá ser imposto ao *criminoso confessante*. A confissão, diz-nos Foucault, nesse aspecto, será a reinstauração do implícito *pacto social*, sua rememoração, sendo tal espécie de prova, não à toa – mesmo atualmente – uma das mais buscadas numa investigação criminal⁶⁶.

Nesse sentido, a confissão permite a quem julga exercer sua soberania sem grandes embaraços, sem o inconveniente das incertezas, e, portanto, sem constrangimentos diante daquilo que se apresenta como uma *verdade*. Justo por isso, ela acabou se transformando em necessidade fundamental do sistema punitivo. Assim, é demasiado importante que o investigado confesse, que se submeta, *de bom grado*, às consequências previamente formuladas por seus atos, que se disponha a saciar esse apetite pela *verdade* e por uma legitimação – pois, somente assim, o sistema punitivo poderia funcionar plenamente⁶⁷. Com efeito, se nem o destinatário da investigação contesta a imputação que lhe é feita, por que o faria a sociedade?

4. O PAPEL ATRIBUÍDO AO INVESTIGADO NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA: AS APRESENTAÇÕES E A BUSCA PELA CONFISSÃO COMO PARTE DO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DAS VERDADES

É a partir do século XVI que se constata mais nitidamente a estruturação daquelas que podem ser consideradas as teorias políticas mais bem embasadas da história humana. Nesse contexto, Nicolau Maquiavel é, sem dúvidas, um dos principais artífices dessa transição para uma *razão de Estado*. Com ele, popularizou-se a ideia de que *os fins justificam os meios*.⁶⁸

geralmente atribuída a Beccaria com o seu *Dos delitos e das penas* (1764), em: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2005.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdade: la función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 225-226.

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Op Cit.* p. 227.

⁶⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Antonio Caruccio-Caporale. São Paulo: L&PM, 2013.

Estabelece-se, resumidamente, uma meta, para onde se deve ir. Em nome da busca pela concretização dessa meta, admite-se, durante o percurso, qualquer tipo de articulação - os atalhos são bastante frequentes. A validade dos comportamentos estaria condicionada ao que se estabeleceu como objetivo principal.

O trajeto que se estabelece entre o fato e a pena não é dos mais simples. Não seria legítimo, em ambiente (pretensamente) democrático, utilizarmos-nos da conhecida máxima de algumas das ciências exatas, de que o caminho mais curto entre dois pontos é uma reta. Segundo a racionalidade jurídica moderna, os fins não justificam os meios, o que haverá de interessar é o caminho mais *justo, razoável e equânime*, com o maior respeito possível aos direitos humanos, com os quais uma democracia se compromete. Daí o motivo de não se pressuporem *retas*, numa investigação criminal. Na trajetória do *jus perseguendi*, os obstáculos são frequentes e – poderíamos dizer – em certa medida, necessários.

Logo, os caminhos percorridos e os métodos utilizados no âmbito da instrução criminal são tão importantes quanto a necessidade de se fomentar o ideal de *justiça*. Nesse ambiente, que se pretende democrático, não haverá espaços para o *vale-tudo*. Respeitar limites é imprescindível. Obviamente que não é do que se convencionou chamar por *impunidade* que estamos a tratar. Em absoluto. Afirmamos, tão somente, que direitos e garantias fundamentais precisam ser respeitados, para que o poder de punir não seja exercido de forma arbitrária. É a existência e o respeito a essas limitações o que nos proporciona medir o grau de civilidade de um determinado sistema criminal. Temos, assim, historicamente erigida, uma importante barreira protegendo a autonomia das pessoas contra a interferência estatal indevida.

Nesse passo, é corrente, na doutrina e nos tribunais, a ideia de que ninguém deve ser obrigado a colaborar para com sua própria incriminação – permitindo-se, inclusive, o silêncio do investigado, sem que isto lhe possa pesar desfavoravelmente (veja-se, por exemplo, o Art. 5º, inciso LXIII, da Constituição da República, doravante CR). Ademais, para Joana Costa⁶⁹, “o direito à não autoincriminação encontra-se intimamente

⁶⁹ COSTA, Joana. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*, ano 32, n.º 128,

relacionado com a *presunção de inocência*”, ou seja, é aos agentes estatais a quem cabe o ônus da prova. Segundo Gustavo Badaró⁷⁰, “é sempre lembrada a posição de Goldschmidt, segundo a qual os ônus são um *imperativo do próprio interesse*, que se manifestam sob a ameaça de um prejuízo”.

A ideia que se propaga a partir desse espaço comunicativo, moldado principalmente pela atual Constituição brasileira, é a de que se deve fomentar o desenvolvimento de uma estrutura acusatória no âmbito da investigação criminal.⁷¹ Assim, mantém-se a ideia de que um processo investigativo de viés democrático é feito com base no *fair trial*, o que deve ser fomentado entre todos os *sujeitos processuais*, observando-se os procedimentos previamente estabelecidos, atuando todos, sem exceção, nesse percurso, com o dever de lealdade, ética e, sobretudo, com boa-fé – o que, acaso inobservados, podem servir para desconstituir tanto as provas recolhidas quanto uma eventual condenação.

Nesse sentido, são inúmeros os elementos conceituais que, interligados, constituem-se como *núcleo essencial do nemo tenetur se ipsum acusare*. Há toda uma estrutura a sustentá-lo conceitualmente, tendo como objetivo albergar um núcleo intangível, sob pena de se ver sua razão de ser degenerar completamente. E mesmo as inflexões possíveis das camadas que envolvem o núcleo de um direito ou garantia fundamental, segundo se constata na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não se devem dar no mero plano abstrato, “antes devendo ser verificada segundo as circunstâncias particulares do caso concreto, tomando em consideração o processo no seu conjunto”⁷².

No entanto, o que teriam essas questões de cunho essencialmente jurídico com a obra de Michel Foucault? Como vimos, sua vida é dedicada

outubro-dezembro, 2011, p. 118.

⁷⁰ BADARÓ, Gustavo. O álibi do acusado e o in dubio pro reo no Acórdão da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933/2013, p. 251 – 272, Jul / 2013, DTR\2013\3799. Também: GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936. p. 82-83.

⁷¹ Para aprofundamento: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷² COSTA, Joana. O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*, ano 32, n.º 128, outubro-dezembro, 2011, p. 119.

à *escavação* das relações de poder que existem na construção e na imposição desse sistema normativo de controle e de punição. Os capítulos 2 e 3 deixam um pouco dessa sua característica à mostra. Logo, isso nos auxilia a compreender e nos dá condições de atuar revelando e contrapondo as intenções escamoteadas nesse processo com a necessidade de se estabelecer e de fazer respeitar determinadas garantias, ainda que essa não seja uma proposta sua. Sabemos, portanto, que seu aparato teórico não foi moldado para garantir um tipo específico de processo penal.

Não obstante seu *não-compromisso* com um modelo específico de perseguição, Michel Foucault permite-nos justificar ainda mais enfaticamente a necessidade de contenção do já naturalizado poder punitivo, constante em nossa história independentemente da existência do próprio sistema criminal. Nessas circunstâncias, as garantias estabelecidas normativamente se prestariam justamente a esse papel, o de estabelecer uma espécie de *signal de pare*⁷³ diante do exercício do poder punitivo. O que se impõe, a partir daí, é uma racionalização que distancie *vingança* e *justiça*. Afinal, segundo François Ost⁷⁴, “«dar tempo» é a condição para «exprimir o direito». E não será pelo facto do tempo ser *dado* que se (em)*presta* justiça?”.

Ocorre que, o discurso essencialmente garantista, amparado constitucionalmente, não tem sido suficiente para evitar a realização de práticas abusivas, identificadas muito facilmente na dinâmica do sistema de justiça criminal, o que nos revela um problema de *mentalidade*. Exatamente nesse contexto, inserem-se as apresentações de pessoas presas, momento em que também se vê desconsiderado o direito de terem preservadas as suas imagens (art. 5º, inciso X, da CR), sobretudo quando são destinatários de uma medida cautelar. Por conta da *mentalidade inquisitiva* da qual é tributária a legislação processual penal brasileira, essas previsões constitucionais têm contrastado com as mencionadas práticas judiciárias no campo criminal⁷⁵.

⁷³ A expressão é de Ingo Wolfgang Sarlet, em: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59.

⁷⁴ OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 434.

⁷⁵ Sobre a matriz autoritária do processo penal brasileiro, para aprofundamento, recomenda-se: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo*

Apesar das contingências com as quais dialogava Michel Foucault, suas observações, por diversos motivos, conectam-se com a realidade brasileira. Seja por conta de ainda termos um Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941) cuja principal fonte de inspiração remete-nos à Europa vivenciada pelo autor,⁷⁶ seja por seus constantes contatos com a comunidade acadêmica no Brasil, ou até mesmo pela atemporalidade das articulações que desvelou, o autor tem nos permitido compreender essa movimentação autoritária em *terrae brasilis*, reverberada acriticamente pelos veículos de comunicação⁷⁷.

A partir de Foucault, seria preciso constatar que (a construção da) verdade e poder se entrelaçam, que ambos nutrem uma relação simbiótica. Nele, afirma-se que a verdade tem sido construída por meio de interações advindas do exercício de diversos poderes. Logo, cada sociedade possui seu *regime de verdades*, uma espécie de “política geral de verdade”⁷⁸, ou seja, práticas e discursos que, por um lado, acolhem e fomentam, e, por outro, repelem e desestimulam, disseminando assim enunciados *verdadeiros* e *falsos*. O âmbito das práticas judiciais no campo criminal, com as apresentações de pessoas presas e a busca pela confissão, como instrumentos sociais de controle, não poderia estar de fora desse contexto.

Partindo-se dessa perspectiva – que muito nos aproxima do instrumental *foucaultiano*, vez que uma de suas metas era mostrar que parte dos fenômenos que podem soar como familiares não decorrem de certas mudanças históricas muito precisas⁷⁹ –, convém destacar que as *práticas*

penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, v. 1. Florianópolis: Tirant lo blanc, 2018.

⁷⁶ Veja-se a exposição de motivos do referido diploma. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em 3 dez. 2018. Sobre as influências de Rocco e Manzini na codificação brasileira do processo penal, ver: GLOECKNER, Ricardo Jacobson. *Op. Cit.*

⁷⁷ Conforme pode ser melhor observado em: GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015. p. 52.

⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *La inquietud por la verdad – escritos sobre la sexualidad y el sujeto*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015. p. 233.

judiciárias no campo criminal têm sido útil a um *Estado espetáculo*.⁸⁰ Na verdade, percebe-se que o sistema punitivo termina sendo legitimado, por meio da espetacularização e do sensacionalismo, que marcam as práticas midiáticas brasileiras⁸¹.

A apresentação de pessoas presas, como uma de suas modalidades mais usuais no funcionamento da segurança pública, não se constitui em um mero *acaso*. O sujeito (inimigo), uma vez preso (capturado), em nome do bem comum, é impelido a fazer parte de um procedimento (encenação) que serve para apresentá-lo (exibi-lo) à comunidade através da imprensa.

É com esse tipo de articulação (Estado/mídia/sociedade) muito conveniente que, ao invés de informações, reproduzem-se, na realidade, *desinformações*. A existência persistente desse cenário *mitificado*, no sentido trabalhado por Rubens Casara⁸², influencia diretamente “na ação dos atores jurídicos e nas decisões judiciais”. Para o mencionado autor, “a mídia constrói a verdade, define o que se vai entender por justiça e confere o *status* do acusado em determinado caso penal, declara quem é vítima de erro judiciário, ou quem é culpado”⁸³. Mantém-se, assim, “um círculo vicioso, com a fabricação coletiva de determinada representação social e o discurso surgido ‘de cima para baixo’ acaba sendo repetido ‘de baixo para cima’, tornando-se hegemônico”⁸⁴.

Nesse contexto, a ideia de que a participação do investigado na persecução seria necessária às práticas criminais parece ter horrorizado Foucault. Tanto que um de seus mais conhecidos biógrafos, Didier Eribon⁸⁵, refletindo sobre a busca pela confissão, conclui que “há indícios desse horror em todo o esforço realizado por seus últimos livros no sentido de

⁸⁰ No sentido encontrado em: SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado espetáculo – ensaio sobre e contra o star system em política*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Círculo de Livro, 1977.

⁸¹ BUDÓ, Marília. *Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 109.

⁸² Sobre isso: CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸³ CASARA, Rubens R. R. *Op Cit.* p. 245.

⁸⁴ CASARA, Rubens R. R. *Op Cit.* p. 245.

⁸⁵ ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 44.

rechaçar, recusar, resistir à imposição de dizer, de falar, de fazer falar”. Tanto, que os últimos anos de Foucault foram voltados para a problemática do que ele chamou de *veridicação*, já explorada no capítulo 3 – uma característica presente historicamente no processo penal brasileiro, o que, certamente, ajudou na consolidação da mal disfarçada arquitetura inquisitória de nosso sistema punitivo.

Não é à toa que essa busca pela *verdade* (por vezes dita *real*)⁸⁶, pelo incontroverso, acabou ganhando contornos de *ideia fixa*⁸⁷ junto a boa parte das autoridades que lidam mais diretamente com o conflito. Uma parcela considerável de juízes, promotores (ou procuradores), delegados e demais agentes das forças de segurança pública costumam apontar para um *bem maior* (coletivo) como ponto de legitimação de eventuais supressões de direitos e garantias fundamentais (individuais). Uma visão obviamente deturpada dos valores democráticos. A flexibilização daqueles limites, a possibilidade de negociá-los privilegiando, por exemplo, hipóteses acusatórias já formuladas antes mesmo de a investigação ter se aprofundado, não são iniciativas compatíveis com um ambiente que se pretende democrático.

Salah Kaled Hassan Jr.⁸⁸ esquadrinha a dinâmica ora em curso: prisão/exibição/confissão, conforme destacado anteriormente. Para ele, “como arte dirigida à obtenção da confissão, o processo inquisitório necessita de tempo para manipular o acusado; expediente instrutório, essa custódia é um instrumento de ofício: em ambiente normal, o acusado não

⁸⁶ Sobre o tema, para uma visão crítica e aprofundada: KHALED JR., Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

⁸⁷ “Deus te livre, leitor, de uma ideia fixa; antes um argueiro, antes uma trave no olho”. MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. Essa fixação mórbida pode fazer com que as hipóteses elaboradas para a fundamentação da acusação prevaleçam sobre os fatos provados nos autos. CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 9ªed. Milão: Giuffrè, 2012, p. 25 e seguintes.

⁸⁸ KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *Precisamos resistir contra a expansão continuada do poder punitivo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-02/salah-khaled-preciso-resistir-expansao-poder-punitivo>. Acesso em 15 abr. 2017. E mais: KHALED JÚNIOR, Salah Hassan; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Neopenalismo e constrangimentos democráticos*. Santa Catarina: Empório do Direito, 2015.

confessaria”. É preciso que o investigado seja encorajado (eis a utilidade da prisão) a dizer algo útil, não necessariamente à resolução do conflito, mas à legitimação de toda a maquinaria estatal voltada contra si: “Diga que não erramos! Vamos, diga!”. Além disso, a confissão, por si, parece não bastar. Não raramente vemos as autoridades frequentando os telejornais com ar de frustração: “ao confessar, o sujeito não mostrou qualquer tipo de arrependimento”.

A confissão é, portanto, *funcional*, serve como elemento retórico importante para a construção e reverberação das *verdades* úteis (de que ele é imprescindível, sempre necessário, incontornável, além de essencialmente infalível) ao sistema criminal ora vigente. Não à toa popularizou-se a figura da *colaboração premiada*, que também se traduz em ritos de estabelecimento das pretendidas verdades. Sua importância é tamanha, nessa dinâmica da persecução penal brasileira contemporânea, que se autorizou o Ministério Público, dentre outras providências, a deixar de oferecer uma eventual denúncia (art. 4º, § 4º, da Lei n. 12.850/2013), mitigando-se a obrigatoriedade da propositura da ação penal pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que a quantidade de publicações de Michel Foucault – sobretudo póstumas⁸⁹ – dificulta a compreensão sistemática de toda sua obra. Por isso, as observações aqui inseridas refletem apenas algumas de nossas perspectivas sobre o que registrou o autor em determinados momentos de sua vida intelectual. Tentamos estabelecer um vínculo entre o instrumental que ele nos ofereceu e práticas judiciais emblemáticas no

⁸⁹ Os estudos póstumos constituem basicamente degravações de conferências e recompilações de escritos publicados de maneira avulsa por Foucault em diversos países, especialmente na França. Um material que, segundo Edgardo Castro, supera, em número de páginas, a soma de todas as que compõem seus livros. Não obstante tudo isso, é muito provável que, por conta de uma cláusula testamentária vedando a publicação de seus escritos após a sua morte, o material arquivado e ainda não publicado seja consideravelmente volumoso. FOUCAULT, Michel. *El poder, una bestia magnífica – sobre el poder, la prisión y la vida*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. p. 9-10. O problema se põe também em: ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 303.

campo criminal, abstraindo-se daí a necessidade de vermos respeitadas determinadas garantias individuais.

Não há aqui, portanto, sob nenhuma hipótese, a pretensão de apresentarmos conclusões do tipo definitivas sobre seu pensamento, mas sim de fomentar o debate sobre a problemática proposta a partir de algumas das críticas que estão expostas nas obras que nos servem de parâmetro durante o desenvolvimento do presente trabalho. Tanto em *A verdade e as formas jurídicas* quanto em *Obrar mal, decir la verdad* encontramos *chaves* que nos permitem acessar as intenções autoritárias que as práticas enfocadas carregam consigo.

O papel que se tem historicamente atribuído ao investigado na persecução penal brasileira – como nos casos das apresentações de pessoas presas e na busca quase que desenfreada pela confissão, passando-se ainda pelas *colaborações premiadas* –, é, sem dúvidas, parte importante do processo de construção das verdades que interessam à manutenção do sistema de justiça criminal como o principal artífice do exercício do poder punitivo. Não é por acaso que práticas restaurativas, tributárias de raízes abolicionistas, encontram sérias resistências.⁹⁰

Para um sistema que se anuncia (constitucionalmente) como acusatório, as práticas enfocadas destoam do que se espera de um ambiente democrático. Cientes de uma realidade que demonstra que o controle mais eficaz se dá pelo melhor uso da linguagem, em paralelo com a redução de complexidade na relações intersubjetivas linguísticas, a comunicação é cada vez mais simbólica e irrefletida por um consumismo quantitativo de dados (no menor tempo possível), o que habilmente será utilizado para ser mais impactante, selecionando-se e até segregando-se determinados grupos.

As garantias normatizadas, especialmente aquelas inseridas na Constituição da República, ou não são utilizadas com o mesmo entusiasmo com que são anunciadas ou acabam deturpadas, em nome de um valor *maior*. Oferece-se a confissão como mecanismo de redenção do sistema em marcha, apresenta-se o preso à imprensa como uma forma de prestação

⁹⁰ Essa dinâmica pode ser observada com alguma propriedade em: ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal* – contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

de contas à sociedade. Logo, agentes estatais superam direitos e garantias fundamentais como se fossem inconvenientes ao pleno exercício de seus trabalhos em prol da comunidade.

Esse caldo cultural precisa ser superado, o que requer uma viragem valorativa que demanda intensos esforços (discursivos e práticos), para os quais reputamos como valiosos os ensinamentos do autor francês. Para cumprir com essa difícil tarefa, a obra de Michel Foucault – sempre atenta à continuidade de determinadas práticas, ao exercício desembaraçado do poder punitivo, e à perenidade de determinados discursos e sistemas de verdades – continua sendo uma *ferramenta* de extrema utilidade. Permite-nos observar em detalhes as raízes dessa estrutura de *pensamento disciplinário e organização hierarquizada*.⁹¹

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal* – contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

BADARÓ, Gustavo. O álibi do acusado e o in dubio pro reo no Acórdão da APN 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933, p. 251–272, Jul./2013.

BATISTA, Nilo. A lei como pai. *Passagens*, v. 2, n. 3. Rio de Janeiro, 2010, p. 20-38.

BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BUDÓ, Marília. *Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUE, Ramón. *El giro decolonial* - Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 9ªed. Milão: Giuffrè, 2012.

⁹¹ No sentido trabalhado em: CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Decolonizar la universidad - La hybris del punto cero y el diálogo de saberes. CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUE, Ramón. *El giro decolonial* - Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. p. 79 ss.

COSTA, Joana. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*, ano 32, n.º 128, outubro-dezembro, 2011.

ERIBON, Didier. *Michel Foucault*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Vol. III. Paris: Gallimard, 1994.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *¿Qué es usted, professor Foucault? – sobre la arqueología y su método*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

FOUCAULT, Michel. *El poder, una bestia magnífica – sobre el poder, la prisión y la vida*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdade: la función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FOUCAULT, Michel. *La inquietud por la verdad – escritos sobre la sexualidad y el sujeto*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. *O que é um autor? 9ª. ed.* Lisboa: Vega Passagens, 2015.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Lisboa: Almedina, 2016.

FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. Obras completas, v. 11. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, v. 1. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Neopenalismo e constrangimentos democráticos*. Santa Catarina: Empório do Direito, 2015.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. *Precisamos resistir contra a expansão continuada do poder punitivo*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-02/salah-khaled-preciso-resistir-expansao-poder-punitivo>. Acesso em 15 abr. 2017.

MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber*, 3ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

MACHADO, Roberto. *Impressões de Michel Foucault*. São Paulo: N-1, 2017.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Antonio Caruccio-Caporale. São Paulo: L&PM, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno – uma reflexão sobre a tortura*. São Paulo: Brasiliense, 2009.

OLIVEIRA, Luciano. Relendo Vigiar e Punir. *Revista Olhares Plurais – revista eletrônica multidisciplinar*, vol. 1, n. 4, 2016, p. 6-30.

OLIVEIRA, Luciano. *O aquário e o samurai: uma leitura de Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OST, François. *O tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

REVEL, Judith. *Michel Foucault – conceitos essenciais*. São Carlos: Claraluz, 2005.

REVEL, Judith. La pensée verticale: une éthique de la problématisation. GROS, F. (Org.). *Foucault: le courage de la vérité*. 2ªed. Paris: PUF, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. *O Estado espetáculo – ensaio sobre e contra o star system em política*. Trad. Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Círculo de Livro, 1977.

SÓFOCLES. *Édipo-Rei*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

VEYNE, Paul. *Foucault - seu pensamento, sua pessoa*, 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): O presente trabalho é dedicado ao Professor Luciano Oliveira (UNICAP), que sempre incentivou um olhar crítico sobre a obra de Michel Foucault, e à Professora Mariana Valverde (Universidade de Toronto), que nos chamou a atenção para as questões criminológicas contidas em *Obrar mal, decir la verdad*, de Michel Foucault.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam 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.

- *Bruno Cavalcante Leitão Santos*: revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Francisco de Assis de França Júnior*: projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Hugo Leonardo Rodrigues Santos*: coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): os autores asseguram 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 atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio. Este texto é o resultado de reflexões iniciadas durante a realização de um minicurso, ministrado por Hugo Leonardo Rodrigues Santos, nos dias 20 e 27 de janeiro de 2017, em Maceió/AL. O evento foi organizado pelo Grupo de Estudos Biopolíticas e Processo Penal (UNIT), o Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM-CESMAC e o Núcleo de Estudos e Políticas Penitenciárias (UFAL).

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 11/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/12/2018
- Avaliação 1: 15/12/2018
- Avaliação 2: 28/12/2018
- Avaliação 3: 10/01/2019
- Decisão editorial preliminar: 08/02/2019
- Deslocamento ao V5N2 e aviso autores: 08/02/2019
- Retorno rodada de correções: 20/02/2019
- Decisão editorial final: 30/03/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (RDG)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Bruno C. L.; FRANÇA JÚNIOR, Francisco A.; SANTOS, Hugo L. R. Práticas judiciárias no campo criminal e a construção das verdades na persecução penal: um debate a partir de Michel Foucault. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 1041-1072, mai./jun. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.199>



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

**Persecução penal:
investigação, juízo oral e etapa recursal**

*Criminal prosecution:
investigation, public oral trial and appeal*

La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español

Criminal mediation and its prohibition in cases of gender violence: the Spanish model

Laura Álvarez Suárez¹

Universidad de Oviedo – España

alvarezlaura.uo@uniovi.es

 <http://orcid.org/0000-0001-7710-0913>

RESUMEN: Este trabajo pretende analizar la conveniencia o no de mantener la prohibición de mediación en delitos de violencia de género que establece el ordenamiento jurídico español. En España todavía no se han regulado procedimientos de justicia restaurativa en el ámbito penal, pero esto no ha sido impedimento para que el legislador excluyera la mediación en todos los supuestos de violencia de género, pese a las grandes críticas de la doctrina. Éstas han cobrado más fuerza que nunca tras el mandato europeo de instaurar mecanismos de justicia restaurativa penal, pues se considera que la nueva regulación debería ir acompañada de la derogación expresa de dicha prohibición. El estereotipo de víctima de violencia de género que establece la ley vigente permite aventurar que lo más adecuado sería abolir la prohibición y permitir que estas víctimas puedan someterse a un procedimiento mediador si es su voluntad y concurren una serie de presupuestos.

PALABRAS-CLAVE: violencia de género; mediación; víctima; resolución; conflicto.

ABSTRACT: *This work aims to analyze whether it is convenient to maintain the prohibition of mediation in gender violence crimes established in the Spanish legal system. In Spain, restorative justice procedures have not yet been regulated within the criminal sphere, but this has not been an impediment for the legislator*

¹ Doctoranda en Derecho y Colaboradora de Honor del área de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo.

to exclude mediation in all cases of gender violence, despite the abundant criticisms from the doctrine. These have become stronger than ever after the European mandate to establish mechanisms of restorative justice; it is sustained that the new regulation should be accompanied by the express derogation of said prohibition. The stereotype of gender violence victim established by the current law allows us to argue that it would be more appropriate to abolish the prohibition and allow these victims to submit to a mediation procedure if it is their will and a series of prerequisites are also present.

KEYWORDS: *gender violence; mediation; victim; resolution; conflict.*

SUMARIO: Introducción. 1. Marco legal de la prohibición de mediación en supuestos de violencia de género. 2. Críticas e incoherencias de la prohibición legal. 3. Desventajas y ventajas de la mediación en el ámbito penal, y en especial, en los supuestos de violencia de género. 3.1. Argumentos a favor. 3.2. Argumentos en contra. 4. Propuestas *lege ferenda* para una futura reforma. Valoración final. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El trabajo tiene por objeto de estudio la posibilidad de instaurar en España la mediación en el ámbito penal, y en concreto, en el de la violencia de género. Existen normas europeas que obligan a los Estados de la Unión a implantar mecanismos de justicia restaurativa en todos los delitos en que lo consideren conveniente. España prevé la justicia restaurativa en el orden penal, pero no ha llevado a cabo su desarrollo legal. Sin embargo, la ausencia de una regulación de procedimientos de justicia restaurativa penal no ha impedido que el legislador prohíba la mediación en los delitos de violencia de género.

Esta prohibición ha suscitado un gran debate doctrinal, entre los que estiman que la interdicción de la mediación en este tipo de delitos es adecuada debido a la ausencia de equidad entre la víctima (mujer) y el agresor (hombre) y, los que entienden que se trata de un error colosal debido a que en materia de violencia de género no existe homogeneidad ni en los supuestos ni en el tipo de víctimas, a lo que hay que añadir que la

desigualdad entre partes y el miedo de las víctimas no son insuperables². Esta prohibición legal, y los impedimentos que establece la normativa de protección de las víctimas de violencia de género para que se puedan desarrollar procedimientos de mediación en estos casos, no han sido obstáculo para que la doctrina haga propuestas *lege ferenda* en aras a instaurar este mecanismo en supuestos de violencia de género³.

² En contra de la aplicación de la mediación en los supuestos de violencia se pueden señalar, entre otros autores a DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004”, *La Ley*, N° 98/99, p. 1-11, 2012, FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género”. En: CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S. *Estudios sobre la mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, p. 239-277, 2017. Como posiciones a favor se pueden apuntar, entre otras, CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género”, *Diario La Ley*, N° 8882, p.1-9, 2016 y LARRAURI PIOJAN, E., “Justicia restauradora y violencia doméstica”. En ASUA BATARRITA, A. y GARRO CARRERA, E., *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, p.125-144, 2009. Texto disponible en: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325076458_Justicia%20Restauradora%20y%20Violencia%20Dom%C3%A9stica-%20Elena%20Larrauri.pdf (último acceso febrero 2019).

³ Entre otros autores han hecho propuestas *lege ferenda* MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius poniendi* del Estado”, *Revista de Derecho Penal*, N° 33, p. 20 y ss., 2011, CANO SOLE, M^a A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica”, *La Ley Penal*, N° 109, p. 11 y ss., 2014, CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad...”, *trab. cit.*, p. 8, SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género”, *La Ley Penal*, N° 112, p. 4, 2015, GUARDIOLA LAGO, M^a J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 12, p. 33 y ss., 2009 y ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal”. En: ARANGÜENA FANEGO, C, HOYOS SANCHO, M. y CABRERA MERCADO, R., *Análisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, p. 157-160, 2011. Texto disponible en: https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pnc-vfs/Proyecto_Apoyo_Asociacion_Juristas/Analisis_Medidas_Mejorar_Proteccion_Policia_Judicial_Victimas_Violencia_Genero.pdf (último acceso febrero 2019).

El problema principal radica en que para el legislador español es ineludible elaborar una serie de normas que den cumplimiento al mandato europeo referente a la justicia restaurativa penal. Sin embargo, antes de llevar a cabo esta tarea de desarrollo legal debería plantearse si verdaderamente es conveniente o no mantener la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género. Este trabajo pretende dar una respuesta coherente y satisfactoria a esta cuestión tras el análisis de la normativa legal, de las desventajas y ventajas que supondría establecer la mediación en estos casos, así como de las propuestas *lege ferenda* que plantean los defensores de la abolición de dicha prohibición.

1. MARCO LEGAL DE LA PROHIBICIÓN DE MEDIACIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

En España ya se había prohibido la mediación en los delitos de violencia de género, incluso antes de que existiese una Ley que regulase el procedimiento de mediación⁴. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG), prohibió la mediación en su ámbito de aplicación, en su art. 44.5 que introdujo un nuevo art. 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ), para atribuir competencias en el orden penal y civil a los Juzgados de Violencia contra la Mujer que la propia Ley crea, concluyendo en su apartado quinto que “en todos estos casos está vedada la mediación”. Varios años después, se aprobó la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), que excluye expresamente la mediación en el orden penal de adultos [art. 2.2, apartado a)].

Se ha considerado que la prohibición del art. 87 ter. LOPJ tuvo su razón de ser en la necesidad de transmitir a la sociedad que la violencia de género no era un asunto privado, que las partes podían solucionar

⁴ LARRAURI PIOJAN ha puesto de manifiesto que la prohibición de la mediación en supuestos de violencia de género es una medida prematura que impide analizar en qué casos podría ser beneficiosa, más si se tiene en cuenta que todavía se están estudiando las ventajas e inconvenientes de la mediación (LARRURI PIOJAN, E., “Justicia restauradora y violencia...”, trab. cit., p. 18.).

satisfactoriamente dialogando de puertas para dentro del hogar. Así se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la LOVG, que declara que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado”. Sin embargo, en ese momento todavía se estaba iniciando el cambio de percepción legal de las acciones delictivas basadas en el género tras casi quince años de la promulgación de la LOVG, se puede decir que la percepción de la sociedad en materia de violencia de género ha cambiado y podría ser un buen momento para plantearse la posibilidad de la mediación penal en ciertos supuestos de violencia contra las mujeres si concurren determinadas condiciones⁵.

La crítica más compartida en la doctrina sobre LOVG es que *infantiliza* a la mujer presumiéndola falta de autonomía e incapaz para tomar decisiones sobre su propia vida, debido a su supuesta invalidez para defenderse. El estereotipo de víctima de violencia de género que adopta el legislador español es monolítico y en muchas ocasiones no coincide con la realidad, pretende proteger a las víctimas de forma paternalista y sectorial, sin tener en cuenta su voluntad, pero quizás sería más conveniente protegerlas teniendo en cuenta su libertad de decisión y no a costa de la misma⁶.

En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la prohibición categórica de la mediación para todos los delitos conceptuados como violencia de género en la LOVG, sin hacer excepciones en cuanto al tipo de delitos, de víctimas o del momento del proceso penal, impide distinguir los supuestos en los que no se puede utilizar la justicia restaurativa

⁵ BORGES BLÁZQUEZ R, “La prohibición de mediación penal en violencia de género ¿éxito o fracaso?, *Diario La Ley*, N° 9100, p. 4, 2017.

⁶ En la doctrina española hay autores que señalan expresamente que la LOVG *infantiliza* a la mujer víctima de violencia de género, el término “infantilizar” significa según la RAE “conferir a algo o a alguien cualidades infantiles”. SERRAMIÀ BALAGUER, L, “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: Especial incidencia en la violencia de género”, *Dereito*, Vol. 26, N°2, p. 10, 2017 y ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia de la voluntad de la víctima”, *Diario La Ley*, N° 8697, p. 5, 2016. En este sentido, ORTIZ PRADILLO considera que dicha Ley no tiene en cuenta la voluntad de la víctima y que contribuye a reforzar el estereotipo sexista de la vulnerabilidad de la mujer (ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la...”, trab. cit, p. 2).

por la situación de desequilibrio que existe entre las partes, de aquellos otros, identificados y tutelados por los profesionales que se encargarían de llevar a cabo la mediación, en los que bien desde un inicio, bien en un momento posterior, se comprueba la equivalencia de posiciones y la voluntad informada de participar en un proceso de esta naturaleza. Reprimiendo de este modo la LOVG, la principal finalidad de la mediación penal, que no es otra que conferir un mayor protagonismo a la víctima en el proceso⁷.

De acuerdo con la exclusión del art 2.2 de la LM, la mediación penal de adultos aún no está regulada ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en ninguna otra Ley penal⁸, pero la instauración de la justicia restaurativa en el orden penal parece inminente en España tras la promulgación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, EVD) que, en su art. 15 dispone que “las víctimas podrán acceder a los servicios de justicia restaurativa” el precepto plantea la necesidad de integrar este tipo de mecanismos como instrumentos para lograr la reparación material y moral de la víctima, pero no determina si debe tratarse propiamente de mediación o de cualquier otro mecanismo⁹.

El EVD se aprobó con la finalidad de trasponer la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el

⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género: su incidencia en la ejecución”, *La Ley Penal*, N° 130, p. 5, 2018, LARRAURI PIOJAN, E., “Justicia restauradora y violencia...”, trab. cit., p. 18.

⁸ Sin embargo, existen preceptos del Código Penal español (CP) que confieren consecuencias jurídicas al acuerdo de mediación en el procedimiento penal: En la fase de instrucción el acuerdo de reparación obtenido en un proceso de mediación puede implicar la aplicación de la atenuante del art. 21.5° CP, en la fase posterior a la sentencia y previa a la ejecución puede servir para otorgar la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad (art. 88 CP) y, en la fase de ejecución la mediación penal puede ser valorada para que el penado obtenga el tercer grado penitenciario, la libertad condicional o para que solicite el indulto. Véase VIDALES RODRÍGUEZ, C., “La mediación penal análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, N°39, Cizur Menor, p. 1-19, 2015.

⁹ FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, trab. cit., p. 262.

apoyo y la protección de las víctimas de delitos (en adelante, Directiva 2012) y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Dicha Directiva en su considerando 46 dispone que los servicios de justicia reparadora como la mediación “pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias”. El citado considerando también manifiesta que el objetivo principal de estos servicios debe ser “satisfacer los intereses y las necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional”¹⁰.

La doctrina siempre ha estado muy dividida respecto a la prohibición de la mediación en el ámbito de la violencia de género, entre los que consideran que la misma es adecuada en estos supuestos debido a la falta de igualdad de las partes, y los que entienden que es un craso error si se tiene en cuenta la gran diversidad de supuestos y tipos de víctimas que existen en materia de violencia de género¹¹. El debate ha cogido más fuerza que nunca tras la promulgación del EVD y la ineludible implantación de la justicia restaurativa en el orden penal. Sin embargo, el art. 15 EVD recoge implícitamente la prohibición de la mediación en violencia de género al establecer como uno de los requisitos para poder acceder a los servicios de justicia restaurativa que “no esté prohibida para el delito cometido”.

¹⁰ El art. 12 de la Directiva 2012 se establecen las condiciones mínimas para que la víctima pueda acudir a los servicios de justicia restaurativa: “a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento; b) antes de que acepte participar en cualquier proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como de los procedimientos para supervisar la aplicación del acuerdo; c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos del caso; d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público”.

¹¹ Véase la nota a pie de página número 2 referente a las posiciones de la doctrina a favor y en contra de la prohibición de la mediación en supuestos de violencia de género prevista en el artículo 87 ter LOPJ.

La postura de la LOVG ha sido acogida por las Naciones Unidas y por la normativa internacional, en tal sentido, el Manual de legislación de la ONU sobre la violencia contra la mujer (publicado en el año 2010) recomienda prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer¹². Por su parte, el Convenio N° 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido como el Convenio de Estambul debido a la ciudad en la que se aprobó en el año 2011, y que fue firmado por la Unión Europea y por todos los estados miembros, establece que las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del convenio (art. 48.1)¹³.

En tal sentido, ARANGÜENA FANEGO ha llamado la atención en que la prohibición del Convenio de Estambul, de acuerdo con lo establecido en su Informe Explicativo, únicamente se refiere a aquellos supuestos en los que las leyes pudieran imponer el carácter obligatorio de acudir a la mediación, pues con esta imposición se quebraría uno de los principios

¹² Texto disponible en: [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf) (último acceso febrero 2019).

¹³ El art. 3 del Convenio de Estambul, establece el concepto de los distintos tipos de violencia. Define la “violencia contra las mujeres” como una violación de los derechos humanos, y una forma de discriminación contra las mujeres, que designa todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad en la vida pública. Por “violencia doméstica” entiende todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima. El “género” lo define como todos los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de hombres y mujeres”; y la “violencia contra las mujeres por razones de género” como toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de forma desproporcionada.

que deben inspirar la mediación, esto es, la voluntariedad¹⁴. Más lejos ha ido el Pacto de Estado contra la violencia género, aprobado por el Pleno del Congreso el 28 de septiembre de 2017, para hacer efectivo el Convenio de Estambul en el ordenamiento español, pues entre sus medidas se contempla la de “reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género” (número 116).

2. CRÍTICAS E INCOHERENCIAS DE LA PROHIBICIÓN LEGAL.

En primer lugar, es necesario apuntar que en realidad no existe una prohibición genérica a la mediación en violencia de género en España, el 87 ter. 5 LOPI, sólo prohíbe la mediación en la criminalidad derivada de la concepción de violencia de género que la propia LOVG define. Pero el concepto de violencia de género que establece la LOVG es muy restringido¹⁵, limita la misma a la violencia ejercida sobre las mujeres por “sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”, pero la violencia de género es mucho más extensa y comprende supuestos de violencia familiar, de agresión sexual, acoso laboral, ablación genital, penalización de la infidelidad femenina, etc.¹⁶ En tal sentido, CASTILLEJO MANZA-

¹⁴ ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, trab. cit., p. 142.

¹⁵ El art. 1.1 LOVG define la violencia de género como la “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Englobando dicha violencia “todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones la privación arbitraria de la libertad”.

¹⁶ DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición...”, trab. cit., p. 2, SERRAMIÀ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, trab. cit., p. 5 y SÁNCHEZ RUÍZ, I. C., y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M^a P., “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos de violencia de género: La mediación”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia política*, Vol. 6, N^o 3, p. 70, 2015. Respecto al carácter restringido del concepto de violencia de género en la legislación española

NARES considera, con acierto, que no existe ninguna razón para que el legislador prohíba la mediación penal con parejas o ex parejas, y no la prohíba respecto de las madres e hijas víctimas de violencia doméstica, o en los casos que exceden del plano familiar¹⁷.

En segundo lugar, la prohibición legal afecta exclusivamente al procedimiento de mediación, pero no a otros procedimientos de justicia restaurativa como los *family group conference*¹⁸ u otros procedimientos en los que intervienen, aparte de la víctima y el autor del delito, familiares o miembros de la comunidad. La doctrina considera que esto tiene su razón de ser en el desarrollo que ha experimentado la mediación penal en la Europa continental, como instrumento más habitual de justicia restaurativa. Sin embargo, no puede perderse de vista que la prohibición legal establecida permite la utilización de otros procedimientos restaurativos distintos de la mediación en supuestos de violencia de género, sin que éste hubiera sido, ni mucho menos, el propósito del legislador¹⁹.

Además, es necesario destacar que la mediación podría utilizarse una vez finalizada la fase de instrucción, debido a la ubicación del art. 87 ter. donde se establecen las competencias de los Juzgados de Violencia

véase ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La posición jurídico-procesal de las víctimas de violencia de género: estudio hispano-italiano”, *Revista de derecho y proceso penal*, N°51, p. 149 y ss., 2018, y GIL VALLEJO, B. “A vueltas con el artículo 416 LECrim. (Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del art. 416.1 LECrim., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de la violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual”, *Diario La Ley*, N° 8764, p. 2-4, 2016.

¹⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad...”, *trab. cit.*, p. 9.

¹⁸ Esta metodología nació en Nueva Zelanda y se está extendiendo por todo el mundo, consiste en una reunión formal mediada entre miembros de la familia extensa, entendida ésta como miembros de la familia nuclear, otros parientes más lejanos, amigos, vecinos, etc.; y otros funcionarios, tales como trabajadores sociales o la policía, con respecto al cuidado y la protección o la ofensa criminal a un niño o a un adolescente. La mediación de los profesionales va dirigida al empoderamiento de la familia y ofrece recursos para que la voz del niño sea siempre escuchada.

¹⁹ SERRAMIÀ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, *trab.cit.*, p. 19 y GUARDIOLA LAGO, M^a. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia...”, *trab. cit.*, p. 20

sobre la Mujer. El mismo se encuentra dentro del Capítulo V de la LOPJ bajo la rúbrica “De los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de lo Penal, de Violencia sobre la Mujer, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores”. Disponiendo el art. 87 ter, apartado uno, que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán de la “instrucción” de determinados delitos²⁰.

De otro lado, el ámbito de aplicación de la exclusión del art. 87 ter LOPJ no es una cuestión pacífica. Parte de la doctrina entiende que se refiere tanto al ámbito penal como al civil, ya que el precepto a la vez que proscribire la mediación establece la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que pueden conocer de asuntos penales y civiles, a lo que se añade, que el literal del art. 44.5 LOVG prohíbe la mediación “en todos estos casos”²¹. Postura que se vería reforzada con la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de enero de 2007, la misma tenía por objeto cuestiones civiles relativas a un divorcio, el Tribunal estimó que no era posible continuar el procedimiento de terapia conjunta que había sido recomendado por los especialistas, ni tampoco comenzar el procedimiento de mediación familiar que avalaba la psicóloga, porque el art. 44.5 LOVG prohíbe expresamente el uso de la mediación en casos de violencia de género.

Otro sector doctrinal, en cambio, considera que no se puede prohibir la mediación en un ámbito en el que no existen normas que la regulen, por lo que el art. 87 ter. 5 LOPJ no podría ir más allá de prohibir la mediación civil en supuestos de violencia de género²². No obstante, se ha reconocido que, aunque la prohibición del art. 87.ter 5 LOPJ aparentemente está circunscrita al ámbito del Derecho de familia, no parece susceptible de separarse artificialmente del ámbito penal de la violencia de género²³.

²⁰ GUARDIOLA LAGO, M^a. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia...”, trab. cit, p. 31-32 y SERRAMIÁ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, trab.cit., p. 20.

²¹ DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición...”, trab. cit, p. 3 y 5.

²² BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, trab cit., p. 2.

²³ FUSTERO BERNAD, A., “La mediación en los delitos de violencia de género”, *Revista Internacional de Mediación*, N^o 1, p. 15, 2014.

Ahora bien, si es cierto que la mediación civil, en todo caso, está prohibida en supuestos de violencia de género, resulta paradójico que se permita que en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se celebren divorcios y separaciones de mutuo acuerdo en los que ambas partes presentan un convenio regulador, de acuerdo con el art. 770.9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que “las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con el art. 19.4 de esta Ley para someterse a mediación”. Se ha considerado, apropiadamente, que, en los procesos matrimoniales conexos a la violencia de género la celebración de este tipo de acuerdos quebranta la prohibición del art. 87 ter 5 LOPJ²⁴.

Asimismo, si la prohibición del art. 87 ter 5 LOPJ se extiende al ámbito penal, no debería poder aplicarse la figura de la conformidad en los supuestos de violencia de género²⁵, pues, aunque no se basa en la disponibilidad de las partes sobre el objeto del proceso, puede implicar la negociación entre la acusación y la defensa y provocar un efecto inmediato en la causa, impedir la celebración del juicio oral y que se dicte sentencia inmediatamente. Sin embargo, la conformidad puede ser utilizada sin restricción en los delitos de violencia de género y, además, no existe limitación alguna para las conformidades “beneficiadas” de los juicios rápidos, dónde el acusado puede conseguir un beneficio de un tercio de reducción de la pretensión punitiva con la que se ha conformado²⁶.

Por último, resulta llamativo que el legislador no haya prohibido la mediación en supuestos de violencia de género cuando el agresor es un menor, ya que en el único ámbito penal en el que se contempla la mediación es en la jurisdicción de menores. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en lo sucesivo, LORPM), establece en sus artículos 19 y 27.3 la posibilidad de acordar el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación, conduciendo ambas derivaciones por el procedimiento de mediación entre la víctima y el menor. No obstante, hay autores que consideran que la

²⁴ MOLINA CABALLERO, M^a J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, N^o 17-24, p. 17, 2015.

²⁵ El arts. 787 y 801 LECrim.

²⁶ MOLINA CABALLERO, M^a J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género...”, *trab. cit.*, p. 15 y 23.

prohibición del art. 87 ter 5 LOPJ no afecta a la Jurisdicción de Menores porque la LORM no contiene ninguna previsión especial en materia de violencia sobre la mujer y, además, la LOPJ solo afecta a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer²⁷.

3. DESVENTAJAS Y VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL, Y EN ESPECIAL, EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

La discusión acerca de la idoneidad de implantar la mediación en el ámbito penal y de la conveniencia de la prohibición de someter a este procedimiento los delitos de violencia de género establecida en el 87 ter 5 LOPJ, ha llevado a la doctrina a esgrimir poderosos argumentos tanto a favor como en contra de la utilización de este tipo de mecanismos de justicia restaurativa en el orden penal, y en concreto, en la violencia de género.

3.1 ARGUMENTOS EN CONTRA.

El primer argumento de la doctrina para rechazar la instauración de la mediación en el ámbito penal es la trasgresión del principio de legalidad. La mediación como cualquier otro mecanismo de solución negociada de los conflictos procuraría que no se aplicara la sanción penal establecida, para dar prioridad a otra forma de resarcimiento común y voluntariamente acordada por las partes. La principal consecuencia del quebrantamiento del principio de legalidad sería la creación de amplios ámbitos de impunidad, pues mientras que la tramitación de un proceso penal se centra en la imposición de una pena legalmente prevista, la mediación busca la satisfacción de la víctima, pero dicha satisfacción varía dependiendo de la situación psicológica de ésta, esto implicaría que a delitos idénticos se pudieran aplicar respuestas jurídicas dispares²⁸.

²⁷ MOLINA CABALLERO, M^a. J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género...”, *trab. cit.*, p. 21 y 23.

²⁸ FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, *trab. cit.*, p. 273, RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia de género? No gracias”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, p. 180 y 181, primer semestre de 2014.

En segundo lugar, hacer uso de la mediación podría suponer la pérdida del efecto simbólico o de prevención general característico del Derecho penal. El hecho de no aplicar el sistema judicial penal podría enviar un erróneo mensaje de laxitud a la ciudadanía que trivializaría a la agresión y convertiría, de nuevo, la violencia de género en un asunto privado, lo que supondría un retroceso en las medidas legislativas que se han adoptado en los últimos años para visibilizar la violencia en el hogar (tanto doméstica como de género) y trasladarla del ámbito privado al público²⁹.

Asimismo, se considera que la mediación puede aportar beneficios en aquellos países en los que la víctima ha sido relegada del proceso penal, pero esta no es la situación de España dónde la víctima puede ser parte del proceso, ejercer la acción penal y la civil, renunciar a ellas o reservar la acción civil para un proceso ulterior. La introducción del nuevo mecanismo resarcitorio no otorgaría más garantías a las víctimas, sino que pondría en riesgo su *ius ut procedatur*, proclamado en el art. 24.1 CE. La doctrina concibe irracional establecer la mediación para reforzar la posición de la víctima y, a su vez, despojarla de su posición en el proceso penal y de los derechos y garantías que la misma detenta³⁰.

También se aduce que plantearía problemas con respecto a la acusación popular³¹, ya que la presencia de ciudadanos no afectados

²⁹ RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 184; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...” trab. cit., p. 4; FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, trab. cit., p. 255 y BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 3. Como contrapartida al impulso por convertir la violencia contra las mujeres en una cuestión de orden público y de máxima prioridad, ORTIZ PRADILLO señala que se ha limitado la autonomía de la voluntad de las víctimas de violencia de género, a través de preceptos jurídicos cargados de paternalismo que consideran que estas mujeres no están en condiciones de decidir y, por ello, decide el Estado (ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la...”, trab. cit., p. 3).

³⁰ RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 187, FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, trab. cit., p. 265.

³¹ El art. 125 CE dispone que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”. De acuerdo con esto el art. 101 LECrim. proclama que la acción penal es pública y que “todos

por el hecho delictivo sería inconciliable con la proximidad que exige la mediación entre las partes privadas, salvo que se prescindiera de la dimensión pública del delito. Implantar mecanismos de justicia restaurativa en el sistema penal español supondría suprimir el ejercicio de la acción popular, lo que implicaría una modificación de la Constitución pues se configura como un derecho constitucional, art. 125 CE³².

Por otro lado, la mediación podría poner en riesgo la integridad de la víctima, existiría la posibilidad de que el agresor aprovechara el encuentro para insistir en su comportamiento ofensivo, y concretamente, en casos de violencia de género es probable que utilizara la mediación para mantener el control sobre la víctima. Pero si se diera la necesidad de adoptar medidas de protección durante el procedimiento de mediación se pondría de relieve la desigualdad entre las partes y la ausencia de arrepentimiento por parte del agresor, lo que obligaría a abandonar el procedimiento de mediación³³.

La objeción más compartida con respecto al establecimiento de la mediación en el ámbito de la violencia de género es la desigualdad que existe entre las partes y, por tanto, la ausencia de equidad. La LM instaura como uno de los principios informadores del procedimiento de mediación en asuntos de Derecho civil y mercantil “la igualdad entre partes” (art. 7). Sin embargo, la LOVG hace referencia a la falta de igualdad entre mujeres y hombres en numerosas ocasiones, tanto en su Exposición de Motivos como en el art.1 LOVG³⁴. La ausencia de igualdad es el fundamento esencial

los españoles podrán ejercerla con arreglo a las prescripciones de la Ley”; y el art. 270 LECrim. dispone que “todos los ciudadanos españoles hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley”.

³² RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 187.

³³ En este sentido, cabe destacar que el art. 57.2 CP, obliga a los órganos judiciales a imponer en casos de violencia de género, en todo caso, la prohibición de aproximación a la víctima prevista en el art. 48. 2 CP. RENEDO ARENAL considera que la instauración de la mediación en el proceso penal haría necesaria la modificación del art. 57. 2 CP (RENEO ARENAL, M^o A., “¿Mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 189).

³⁴ La Exposición de Motivos de la LOVG define la violencia de género como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, “se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respecto y capacidad de decisión”, asimismo,

de la prohibición de la mediación en el ámbito de la violencia de género, el poder y la dominación del agresor prevalecería en la mediación, siendo los eventuales acuerdos que se lograran consecuencia de la voluntad unilateral del presunto agresor que tendría sometida a la víctima, y no del equilibrio y la equidad de las partes³⁵.

Por otra parte, podrían conculcarse los derechos y las garantías del imputado, pues se verían comprometidos, entre otros, el derecho al debido proceso, el derecho a defensa y la presunción de inocencia. Si se incorpora la mediación en el ámbito penal se corre el peligro de que se equipare con la autoinculpación, lo que pondría al legislador en la difícil tesitura de supeditar la prosperidad del proceso penal al resultado de la mediación o de permitir que el acusado interviniera en el procedimiento de mediación donde tiene que asumir su autoría con la recompensa de que se archivará la causa penal³⁶.

Por último, tampoco se pueden perder de vista los costes económicos de establecer un procedimiento de mediación, pues su instauración implicaría disponer de medios personales y materiales para hacer frente a la infraestructura administrativa que requeriría un servicio institucionalizado de mediación. Además cuando ésta fuera propuesta por el Fiscal o el órgano instructor debería ser gratuita, de acuerdo con el principio de igualdad del art. 14 CE³⁷.

3.2. ARGUMENTOS A FAVOR

La primera ventaja de la mediación que se suele invocar y también la más evidente es que se desarrolla en un entorno humano, flexible y

el art. 1 LOVG proclama que la dicha Ley tiene por objeto luchar contra la violencia de género como “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

³⁵ RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 191 y 192; DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre...”, trab. cit., p. 7; FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, trab. cit., p. 273.

³⁶ RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 193 y 194. SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, trab. cit., p. 4.

³⁷ RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 195-197.

comunicativo, ajeno a la rigidez formal del procedimiento judicial, siendo menos intimidante para la víctima. Este mecanismo se caracteriza por ser un procedimiento más abierto en el que la prioridad son las necesidades humanas reales y dónde las partes son las únicas protagonistas³⁸.

Se entiende que con la mediación sería posible paliar las insuficiencias del sistema tradicional³⁹. La víctima encontraría un espacio en el procedimiento, con la consiguiente reparación del daño, aunque se realizara con una obligación de hacer, recuperando su seguridad, sin que tuviera lugar la victimización secundaria al formar parte la víctima de un proceso donde antes no tenía cabida. También se considera que el agresor encontraría el beneficio de decir la verdad, de pedir perdón, reconociendo el daño causado, y contribuyendo de este modo a su rehabilitación, sorteando en algunos casos la aplicación de las penas de prisión, al sustituirlas por trabajos en beneficio de la comunidad. Asimismo, se considera que mediante este mecanismo se facilitaría el diálogo comunitario, lo que contribuiría a reconstruir la paz social quebrada por el delito y minimizaría sus consecuencias negativas, devolviendo el protagonismo en la sociedad civil⁴⁰.

En particular en el ámbito penal se ha señalado que introducir la mediación ayudaría a trazar un Derecho penal orientado a la resocialización y a la concordia, ya que se prestaría una especial atención a las

³⁸ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, trab. cit., p. 2.

³⁹ FUSTERO BERNAD señala como inconvenientes del sistema tradicional los siguientes: 1. No se rehabilita al delincuente, pues al negar los hechos, al mentir sobre los mismos y al no asumir la responsabilidad de lo sucedido, se parte de una situación muy compleja para conseguir la rehabilitación que es uno de los fines de la pena, junto con el castigo. 2. No existe una reparación para la víctima y además es víctima doblemente, por el proceso de instrucción, y se siente sola, pierde la seguridad, lo que impide que se recupere en el plano moral y en el económico, pues normalmente los delincuentes son insolventes. 3. Disgusto social, al comprobar que el procedimiento no funciona. 4. Desencanto de los jueces y profesionales del Derecho al contemplar que el procedimiento no funciona (FUSTERO BERNAD, A., “La mediación en los delitos de violencia...” trab. cit., p. 12.).

⁴⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, N°7, p. 41, 2011.

condiciones de la víctima, a los hechos y a la significación jurídico penal de la condena para el autor. Mediante la mediación se allanaría la consecución del fin de prevención especial de la pena, es decir, la reeducación y reintegración del delincuente en la sociedad, pues la función resocializadora del Derecho penal obtendría con la mediación una trascendencia especial en el proceso, ya que el agresor participaría de forma más activa en su propio proceso de resocialización debido a su reconocimiento de responsabilidad en el delito cometido⁴¹. Asimismo, se ha subrayado que la mediación contribuiría a la descongestión del sistema judicial, a la reducción de los costes temporales y económicos de los procesos judiciales, y a un mayor índice de satisfacción cualitativo y cuantitativo respecto al cumplimiento de las resoluciones judiciales, así como a un menor desgaste emocional⁴².

En concreto, en materia de violencia de género, se ha apuntado que el hecho de que el eje central de la mediación gire en torno a la reparación de la víctima proporcionándole ayuda, comprensión y asistencia, podría resultar muy positivo, pues en muchas ocasiones estas víctimas están más interesadas en conseguir apoyo, comprensión y una explicación de la violencia, que en el castigo para el infractor o una indemnización⁴³.

En tal sentido, se ha sostenido que no en todas las situaciones en que se comete un delito de violencia de género prima la desigualdad fruto de la dominación del hombre sobre la mujer. Existen supuestos en los que el conflicto penal es ocasional y es aquí donde hacer uso de la mediación penal podría ser más beneficioso que recurrir al tradicional proceso penal, pues la mediación permitiría a la víctima recuperar su

⁴¹ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, *trab cit*, p. 4. Es necesario destacar, que en el Ordenamiento español se reconocen instituciones que responden a los principios de justicia restaurativa. Los artículos 21.4 y 21.5 del Código Penal prevén como circunstancias atenuantes la confesión del culpable y la reparación del daño ocasionado a la víctima, lo que podría traducirse como declaraciones del legislador de dirigirse hacia la mediación.

⁴² FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, *trab. cit.*, p. 244 y 245.

⁴³ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, *trab cit*, p. 3.

posición de igualdad con respecto a su agresor, al reconocer éste el desvalor de su acción⁴⁴. Además, se considera que la mediación favorecería el empoderamiento y autonomía de la mujer, dotándola de herramientas para prevenir estados futuros análogos, al tiempo que podría hacer frente a su situación actual; dejando atrás la imagen de ser dependiente e incapaz que subyace de la legislación vigente en violencia de género, para ser capaz de abordar y gestionar su propia realidad⁴⁵.

De otro lado, se ha indicado que, en los delitos de violencia de género, a diferencia de lo que ocurre en otros tipos delictivos, la víctima es muy probable que se reencuentre con el agresor, que se reconcilie con él, o que tenga la necesidad de hablar con él sobre aspectos comunes que les unen como los hijos, bienes, deudas, etc. La justicia penal sólo puede proteger a la víctima, castigar al victimario, y en su caso, rehabilitarlo, pero no ofrece una solución real al conflicto. Sin embargo, la mediación se presenta como una posibilidad muy conveniente, puesto que la palabra se convierte en la única herramienta legítima para gestionar una controversia que, inevitablemente, los individuos han de enfrentar a lo largo de sus vidas, interiorizando el diálogo como método de solución de conflictos⁴⁶.

En tal sentido, se ha señalado que la práctica evidencia un alto grado de reincidencia en los delitos de violencia de género debido al elemento diferenciador que les caracteriza, la relación de afectividad, y ante el que el proceso penal se ve incapaz de ofrecer una solución real.

⁴⁴ BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 3.

⁴⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, trab. cit., p. 43 y SÁNCHEZ RUÍZ, I.C. y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M^a P. “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos...”, trab. cit., p. 80, ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la...”, trab. cit., p. 10.

⁴⁶ BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, trab. cit., p. 4, CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, trab. cit., p. 43. En este sentido, GIL VALLEJO apunta que debería considerarse la posibilidad de admitir la mediación desde la perspectiva del interés del de menor, puesto que en determinados casos debería de primar el derecho del menor a relacionarse con su progenitor así como el derecho a la solución pacífica del conflicto, ya que es la única forma de ponderar a los menores en el conflicto parental (GIL VALLEJO, B., “A vueltas con el artículo 416 LECrim...”, trab. cit., p. 10).

Asimismo, se ha apuntado que en los casos de violencia de género en que la víctima se retracta o pide que se anulen los cargos contra el agresor, a veces sobre la base de un acuerdo para volver juntos o continuar la vida en común, es mejor la intervención de un mediador que contribuya a lograr una solución extrajudicial que consista en un acuerdo equitativo que el mero perdón otorgado por la mujer agredida a su pareja, ya que éste puede producir determinados efectos procesales al incidir en la pretensión de la víctima de retirar la denuncia, en su decisión de retroceder de los hechos inicialmente narrados o, incluso en la de no comparecer en el juicio oral⁴⁷.

Por último, se ha puesto de manifiesto que, tras la promulgación de la LOVG, no se ha experimentado una disminución de los casos de violencia de género, más bien al contrario, se ha incrementado el número, los resultados son tan desoladores que se ha llegado a poner en duda la utilidad y eficacia de la Ley. El exceso punitivo con el que el legislador español ha aspirado a frenar en algunos casos el aumento de este tipo de violencia se ha convertido en un progresivo endurecimiento de penas propio de un sistema retributivo, que no ha servido para detener la violencia contra las mujeres. Pero en el ámbito internacional se han llevado a cabo procedimientos de mediación en delitos graves y de violencia de género que arrojan resultados muy positivos, como casos ejemplificativos se pueden destacar EEUU, Canadá, Austria, Finlandia, Alemania o Italia. Es más, incluso, en España hay Comunidades Autónomas como Madrid, Cataluña o el País Vasco que han desarrollado proyectos piloto “alegales” en materia de violencia de género con resultados muy alentadores⁴⁸.

⁴⁷ ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, *trab. cit.*, p. 130.

⁴⁸ Véase SERRAMIÀ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, *trab. cit.*, p. 12 a 16 y, CANO SOLE, M^a. A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos...”, *trab. cit.* p. 4 y 5, SÁNCHEZ RUÍZ, I. C. y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M^a P. “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos...”, *trab. cit.*, p. 70 y 71 y GUARDIOLA LAGO, M^a. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia...”, *trab. cit.*, p. 20-23. GUARDIOLA LAGO pone de manifiesto que la normativa internacional no limita la práctica de la mediación a determinados delitos ni a la fase del procedimiento penal en que se encuentren, que a lo sumo señala la necesidad de contemplar determinadas especificidades

4. PROPUESTAS *LEGE FERENDA* PARA UNA FUTURA REFORMA

La doctrina ha elaborado numerosas propuestas *lege ferenda* para implantar la mediación en el ámbito penal, y en concreto, en el de la violencia de género. Todo ello, a pesar de que la mediación en estos supuestos no solo se encuentra vedada por la prohibición del art. 87 ter 5 LOPJ, sino también por la imposibilidad de su realización debido a la redacción actual del artículo 57.2 del Código Penal que impone la obligación de aplicar la pena accesoria de prohibición de aproximación o de acercamiento sobre la víctima en los delitos de violencia de género. En este sentido, se ha aducido que la implantación de la mediación en estos supuestos requeriría una modificación del texto del art. 57.2 del Código Penal, además de la derogación del art. 87 ter. LOPJ⁴⁹.

La mayoría de la doctrina entiende que la mediación penal no debería instaurarse como una alternativa al proceso, puesto que el Derecho penal no puede quedar ajeno al conflicto y dejar su resolución a la libre disposición de las partes. En concreto, se ha señalado que la mediación en violencia de género debería de definirse por el legislador como la vía alternativa desarrollada dentro del proceso penal y dirigida a aplicar el Derecho penal a través de la intervención activa de la víctima y el infractor en las fases procesales que establezca el legislador⁵⁰.

metodológicas, como el establecimiento de una “co-mediación” en los supuestos de violencia de género (p.21).

⁴⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE señala que resulta contradictorio que el legislador adopte medidas tuitivas que podrían ser calificadas de “hiperprotectoras” en la medida de que se decidan en contra de la voluntad de la mujer, partiendo de su falta de capacidad de decisión y autodeterminación en el proceso una vez que éste se inicia (imposición obligatoria de la medida de alejamiento, prohibición de mediación, etc.); y que al mismo tiempo, el EVD les otorgue a las víctimas un rol y una posición en el proceso penal que permite que participen hasta en la ejecución del mismo. (RODRÍGUEZ YAGÜE, C. “Prohibición de la mediación...”, trab. cit, p. 6).

⁵⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, trab. cit., p. 23. En tal sentido, ARANGÜENA FANEGO ha puesto de manifiesto que la viabilidad de la mediación penal pre procesal es más que dudosa, y absolutamente rechazable en los supuestos de violencia de género (ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, trab. cit., p. 151.)

En tal sentido, se ha considerado que la fase más apropiada para articular la mediación en los supuestos de violencia de género sería la de ejecución de la condena, pues en la misma ya se habría hecho valer el *ius ponendi* del Estado y existiría una condena que imponer⁵¹. Asimismo, se ha esgrimido que serían los propios Jueces y Tribunales los que tomarían la decisión de derivar un determinado caso a mediación, dotando de fuerza y rigor la intervención de la autoridad judicial⁵². Y además, se ha apuntado que el comienzo de un proceso de mediación, una vez recaída la sentencia condenatoria al agresor, en delitos especialmente graves y violentos, puede ser positivo, pues el paso del tiempo muchas veces es trascendental para la recuperación de la víctima⁵³. Por último, se ha señalado que la mediación serviría como una forma de canalizar una pena escuchando a la víctima y al condenado al que se le abriría la alternativa entre cumplir de forma efectiva los pactos derivados de la mediación o cumplir en sus propios términos la sentencia⁵⁴.

Sin embargo, también se ha aducido que en los supuestos en que exista una posición igualitaria entre la víctima y el agresor desde el principio del proceso penal, nada debería de impedir que pudiera realizarse un procedimiento de mediación en la fase de instrucción, pues discernir los casos en que no se puede llevar a cabo una mediación por falta de igualdad entre las partes y los supuestos en los que el procedimiento restaurativo si es posible, es una cuestión compleja, que requiere de un proceso metodológico que no tiene por qué rechazar

⁵¹ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, trab. cit., p. 27.

⁵² SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, trab. cit., p. 4.

⁵³ SERRAMIÀ BALAGUER estima que, si ha existido una situación prolongada de maltrato tanto psicológico como físico, la víctima puede precisar una fase inicial de separación del agresor, y posteriormente, para abandonar la posición de víctima y recuperarse totalmente a través del empoderamiento, un contacto (directo o indirecto) con el agresor. En este sentido, la mediación puede resultar apropiada en la extinción de la pena para preparar situaciones futuras, en particular, si existen hijos en común (SERRAMIÀ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, trab. cit., p. 20).

⁵⁴ ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, trab. cit., p. 154.

siempre y en todo caso una respuesta restaurativa ante un supuesto de violencia de género⁵⁵.

Respecto a los tipos delictivos que podrían someterse a mediación, hay autores que consideran que todos los delitos son mediables sin ninguna excepción, pues todas las personas deben tener el derecho y la libertad de decidir si admiten el perdón del delito cometido hacia su persona y si es suficiente con aceptar el arrepentimiento y el reconocimiento por parte del delincuente, de forma que para la víctima quede zanjado el hecho delictivo a nivel personal⁵⁶. Otros, sin embargo, entienden que es necesario limitar la mediación a determinados tipos penales y que la misma no puede tener cabida, en ningún caso, en los delitos de violencia de género debido a la falta de equilibrio entre las partes⁵⁷. También se ha aducido que lo mejor es emplear un criterio subjetivo que tenga en cuenta las características concretas de cada proceso y, que en el ámbito de la violencia de género deberían someterse a mediación solo supuestos de escasa relevancia consistentes en violencia verbal, pero nunca supuestos de violencia física o hechos constitutivos de amenazas, coacciones o vejaciones⁵⁸.

No obstante, también se ha señalado que la conveniencia de llevar a cabo procesos restaurativos en supuestos de violencia de género

⁵⁵ GUARDIOLA LAGO, M^a. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia...”, trab. cit, p. 36.

⁵⁶ FUSTERO BERNAD, A., “La mediación en los delitos de violencia...” trab. cit., p. 9.

⁵⁷ FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, trab. cit., p. 266 y 267. FUENTES SORIANO estima que la selección de tipos penales susceptibles de ser sometidos a mediación debería realizarse atendiendo a dos criterios: uno cuantitativo, en función de la gravedad de la pena, y otro, de carácter cualitativo en el que se determinarían los tipos delictivos y los concretos bienes jurídicos protegidos afectados; o, también se podría emplear un sistema mixto con ambos criterios. No obstante, señala que el segundo criterio es más aconsejable, pues la clave de la mediación debería estar en el mayor o menor interés público que presenta la persecución de determinados delitos, al margen de la pena.

⁵⁸ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, trab. cit, p. 1, ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la...”, trab. cit., p. 9. En tal sentido, GIL VALLEJO señala que se deben dar respuestas distintas a casos heterogéneos, distinguiendo los casos de violencia de género sistemática de aquellos otros en que la violencia de género está constituida por un hecho aislado (GIL VALLEJO, B., “A vueltas con el artículo 416 LECrim.”, trab. cit, p. 10).

no debería de limitarse en función de la gravedad del hecho delictivo, pues la diversidad de relaciones violentas supone que no se puedan fijar reglas generales sobre la intervención de la mediación en cada caso. Si es recomendable o no el empleo de la mediación debería depender del análisis de cada caso concreto; y, sobre todo, de la concurrencia de determinados presupuestos⁵⁹.

En este sentido, se entiende, que la admisión de la mediación en supuestos de violencia de género obligaría, en todo caso, a adoptar las siguientes cautelas: el equilibrio de la posición de la mujer respecto a la de su expareja y del agresor frente a la víctima, respetando sus garantías procesales durante todo el procedimiento de mediación y no privilegiando en exceso a la víctima. El consentimiento libre e informado de la víctima y del victimario, la salvaguarda de la seguridad de la víctima a través de medidas aplicadas antes, durante y después de los encuentros; la asunción de responsabilidad por el agresor, así como el reconocimiento de la naturaleza delictiva de los hechos de la víctima y del victimario; y, por último, la imparcialidad del mediador⁶⁰.

En consonancia con lo anterior, las restricciones en el procedimiento de mediación no deberían efectuarse en base a las tipologías delictivas, sino más bien evaluando si se cumplen las condiciones y presupuestos necesarios para poder realizarla. En la determinación de estos supuestos sería de utilidad el marco establecido en el propio EVD que, además de partir del presupuesto del consentimiento libre e informado de la víctima y previo reconocimiento de los hechos esenciales por el

⁵⁹ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad...”, *trab. cit.*, p. 8, SERRAMIÀ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, *trab.cit.*, p. 21 y 22.

ARANGÜENA FANEGO pone de manifiesto que en el Derecho internacional existen sistemas penales como el de EEUU, Alemania o los países escandinavos que permiten la mediación en delitos especialmente violentos y graves, y en los que lejos de considerarse desaconsejable se entiende como “altamente conveniente” (ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, *trab. cit.*, p. 115)

⁶⁰ FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, *cit.*, p. 277 y SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, *trab cit.*, p. 12. MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, *trab. cit.*, p. 23.

autor, excluye la actuación de los servicios de justicia restaurativa en el caso de que se detecte algún riesgo para la seguridad de la víctima o que pueda ser causa de cualquier otro perjuicio⁶¹.

Se ha considerado que para que la mujer fuera introducida en el procedimiento mediador voluntariamente y, en todo caso, en una posición de igualdad respecto al hombre, sería necesario que su inclusión fuera precedida de una completa valoración psicológica, en la que, teniendo en cuenta la disposición de la víctima y su relación con el victimario, se valorara si es pertinente o no la mediación para cada caso específico. Pues no en todas las relaciones definidas por la violencia de género el desequilibrio entre las partes se presenta como insuperable, dentro de este tipo delictivo se pueden distinguir una inmensa diversidad de situaciones que abarcan desde una agresión ocasional, hasta el uso sistemático de la violencia como instrumento de dominación y poder⁶².

Es por ello que de la valoración previa de la mujer y de sus concretas circunstancias podrían inferirse distintas líneas de actuación⁶³. Si existiese igualdad de poder, podría estimarse la conveniencia de someter el caso a mediación. En otros supuestos podría ser necesaria la intervención

⁶¹ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación...”, *trab. cit.*, p. 5 y 6. El art. 15 EVD establece como requisitos para acceder a los servicios de justicia restaurativa los siguientes: “a) que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que se deriva su responsabilidad, b) que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) que el infractor haya prestado su consentimiento; d) que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) que no esté prohibida para el delito cometido”.

⁶² CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, *trab. cit.*, p. 42

⁶³ La doctrina considera que entre las circunstancias que deberían tomarse en cuenta en cada caso específico se encuentran las siguientes: el grado, tipo y la reiteración/periodicidad de la violencia, los daños producidos, las secuelas y la capacidad de recuperación de las mismas, la gravedad del episodio de violencia, la existencia o no de otros perjudicados (como hijos o ascendientes), el restablecimiento del equilibrio y la igualdad y el deseo de la víctima de someterse al proceso mediador (SERRAMIÀ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, *trab.cit.*, p. 21)

especializada de la mujer por profesionales de la mediación para que la situaran en un plano de igualdad con respecto al hombre⁶⁴. Por último, también podría darse el supuesto de que debido a las circunstancias inherentes de la víctima no fuera recomendable acceder a la mediación⁶⁵.

También se ha señalado que la falta de equilibrio debería de analizarse en cada fase del proceso, pues podría ocurrir que, de existir tal desequilibrio, transcurrido un tiempo se supere, y sea la propia víctima la que requiera, o incluso, necesite, dejar su posición de víctima a través de un procedimiento de mediación⁶⁶. Pero en todo caso, la mediación habría de regirse por los principios de igualdad y voluntariedad, asegurando la libertad de decisión de la mujer y del victimario tanto en el momento de inicio como en el desarrollo del procedimiento. Para garantizar la seguridad de la víctima se ha abogado por la llamada “mediación indirecta o subrogada”, en la que la mediación no se efectúa directamente careando a ambas partes sino mediante un tercero o a través de sesiones individuales y no conjuntas, impidiendo así la manipulación que el maltratador pudiera ejercer sobre la víctima⁶⁷.

En cuanto a los mediadores, se ha manifestado que solo podrían desempeñar este cargo los equipos psicosociales o las Unidades de Valoración Integral, pero nunca el órgano jurisdiccional ni la Fiscalía o la policía. Para obtener la capacitación necesaria para ser mediador, además de la preparación que exija la Ley de mediación penal, en los supuestos de violencia contra las mujeres sería precisa una especialización en materia de género e

⁶⁴ CANO SOLE considera que una vez que la víctima adquiere de nuevo su control y se recupera de las secuelas del maltrato no puede resultarle conveniente enfrentarse de nuevo al maltratador, porque de ser así se caería en la incoherencia de “recuperar” a la víctima para que ésta entre de nuevo “en los dominios del maltratador” (CANO SOLE, M^a A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos...”, trab. cit., p. 11).

⁶⁵ CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, trab. cit., p. 42. Las autoras entienden que la aceptación de la víctima de someterse a un proceso de empoderamiento, con carácter previo a la mediación, debería ser preceptiva. De forma que, se limitara la participación de la víctima en el procedimiento de mediación no solo a que prestara su consentimiento personal, sino también a que el informe del profesional de la psicología que evaluara su estado fuera positivo.

⁶⁶ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación...”, trab. cit., p. 5

⁶⁷ MOLINA CABALLERO, M^a J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género...”, trab. cit., p. 19.

igualdad⁶⁸. Por último, se ha señalado que debería regularse expresamente la confidencialidad de la información obtenida durante la mediación y el secreto profesional del mediador respecto de los hechos y las circunstancias que le han sido confiados, así como que no pueda ser llamado como testigo ni perito. Y a las partes se les debe de prohibir utilizar como prueba en un proceso penal posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación a los efectos de salvaguardar la presunción de inocencia del agresor⁶⁹.

VALORACIÓN FINAL

Tras el análisis de la legislación vigente, de los argumentos a favor y en contra de la doctrina, y de las propuestas *lege ferenda* que se han aportado para poder aplicar la mediación en casos de violencia de género, considero que la prohibición de la mediación prevista en el artículo 87.ter LOPJ para este tipo de delitos no se debe seguir manteniendo. Si bien la LOVG ha supuesto un hito relevante en España porque ha permitido trasladar del ámbito privado al ámbito público la violencia que durante muchos siglos han sufrido las mujeres en sus casas, también lo es que la mentada ley presenta algunas carencias que deben ser subsanadas sin demora por el legislador.

Una de esas deficiencias es precisamente el establecimiento de la prohibición de practicar procedimientos de mediación en todos los supuestos de violencia de género (art. 44.5 LOVG), tal prohibición se fundamenta en una concepción vulnerable y débil de la mujer, que superada por la situación de violencia se ve incapaz de llevar las riendas de su vida y de tomar sus propias decisiones, pero esta concepción de la mujer víctima de violencia no siempre coincide con la realidad y en muchas ocasiones está lejos de la misma. En violencia de género no todas

⁶⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, trab. cit., p. 31 y CASTILLEJO MANZANARES, R, TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, trab. cit., p. 44. Actualmente, la formación de los mediadores en asuntos civiles y mercantiles se encuentra regulada en el Título III, arts. 11 a 15 de la LM y en Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LM, arts. 3 a 7.

⁶⁹ ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, trab. cit., p. 137, 138 y 159.

las víctimas son iguales, algunas se encuentran en una situación de gran vulnerabilidad, otras son conscientes del carácter reprochable de los hechos y deciden terminar con la relación de violencia sin encontrarse en una situación de desigualdad frente al hombre, también las hay que necesitan un tiempo para recuperarse y empoderarse, etc. No existe un estereotipo general de víctima de violencia de género, por tanto, el legislador español está impidiendo con su prohibición absoluta que las mujeres que no se encuentran en una situación de vulnerabilidad y de desequilibrio y prefieran someter su caso a mediación no puedan hacerlo, coartando así su libertad y la autonomía de su voluntad.

En tal sentido, tanto el estereotipo de víctima que estableció el legislador como su decisión de prohibir la mediación en todos los supuestos de violencia de género fueron demasiado prematuros, y más a la vista de la experiencia internacional, la cual es muy alentadora con respecto al uso de la mediación en casos de violencia de género, incluso cuando sean especialmente graves. Es por ello que la inminente regulación de la justicia restaurativa en el orden penal, en consonancia con el mandato europeo, debe llevar aparejada la derogación del art. 87 ter 5 LOPJ y de todos los obstáculos legales que impiden la aplicación de estos procedimientos en los casos de violencia de género.

La mediación en el ámbito penal, y en concreto, en los supuestos de violencia de género no debe instaurarse como una alternativa al proceso penal, sino que debe integrarse en éste para desarrollarse en alguna de sus fases procesales, y sus objetivos primordiales deben ser la recuperación de la víctima y la resocialización del delincuente. En cuanto a la fase del proceso más conveniente para celebrar la mediación, debería de depender de la víctima y de las circunstancias específicas del caso concreto, pues puede haber procesos en los que ya desde el inicio la víctima esté preparada para someterse a este tipo de mecanismos y quiera hacerlo. No obstante, en supuestos de violencia de género especialmente graves, la fase más indicada para una posible mediación sería la de ejecución de la sentencia, aunque habría que evaluar el caso concreto.

Por lo mismo que se ha expuesto anteriormente, no se debe establecer un *numerus clausus* de delitos susceptibles de mediación, la decisión de derivar un determinado delito a mediación debe hacerse tras una evaluación pormenorizada del caso. Sería indispensable que previamente un profesional de la mediación tuviera una entrevista individual y separada

con la víctima y con el agresor, para cerciorarse que ambos se someten voluntariamente al procedimiento, que son conscientes del carácter delictivo de los hechos, que conocen las consecuencias que conlleva someterse al mismo y, sobre todo, en supuestos de violencia de género que efectivamente existe equilibrio e igualdad entre la víctima y el agresor.

Sería conveniente que, la víctima de violencia de género, antes de que se efectuara la entrevista individual con el mediador fuera evaluada por un experto o psicólogo que valorara si verdaderamente se encuentran en condiciones de iniciar un procedimiento de mediación. La mediación indirecta podría ser una buena alternativa no solo para salvaguardar la seguridad de la víctima, sino también para aquellos casos en que las víctimas quieran someterse a un procedimiento de mediación, pero prefieran no tener un contacto directo con el agresor, o al menos en un principio. La figura del mediador es esencial para que se cumplan todos los principios que deben inspirar un procedimiento mediador, en este sentido, es necesario que su formación y especialización sean las adecuadas. Por último, es preciso que la confidencialidad de la información y el secreto profesional se regulen con detalle en la futura ley de mediación penal, en aras a salvaguardar la presunción de inocencia del agresor.

No obstante, pese a lo expuesto, no parece que las intenciones del legislador español se dirijan a derogar la prohibición del artículo 87 ter LOPJ, más bien van encaminadas a reforzarla si se tiene en cuenta lo prevenido en el Pacto de Estado contra la violencia de género respecto al uso de la mediación en este tipo de delitos. Solo queda esperar a la futura regulación de los procedimientos de justicia restaurativa en el ámbito penal, la cual no debería retrasarse mucho más, y ver si tanto la experiencia internacional como las críticas y propuestas de la doctrina hacen que el legislador derogue definitivamente la prohibición de la mediación en materia de violencia de género.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La posición jurídico-procesal de las víctimas de violencia de género: estudio hispano-italiano”, *Revista de derecho y proceso penal*, N°51, p. 149-172, 2018.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal”. En: ARANGÜENA FANEGO, C, HOYOS SANCHO, M. y CABRERA

MERCADO, R., *Análisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, p. 127-160, 2011. Texto disponible en: https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/Proyecto_Apoyo_Asociacion_Juristas/Analisis_Medidas_Mejorar_Proteccion_Policial_Judicial_Victimas_Violencia_Genero.pdf (último acceso febrero 2019).

BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia de género ¿éxito o fracaso?”, *Diario La Ley*, N° 9100, p. 1-6, 2017.

CANO SOLE, M^a A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica”, *La Ley Penal*, N° 109, p. 1-18, 2014.

CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, N°7, p. 38- 45, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género”, *Diario La Ley*, N° 8882, p.1-9, 2016.

DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004”, *La Ley*, N° 98/99, p. 1-11, 2012.

GIL VALLEJO, B. “A vueltas con el artículo 416 LECrim. (Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del art. 416.1 LECrim., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de la violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual)”, *Diario La Ley*, N° 8764, p. 1-10, 2016.

GUARDIOLA LAGO, M^a. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 12, p. 1-40., 2009.

FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género”. En: CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S., *Estudios sobre la mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, p. 239-277, 2017.

FUSTERO BERNAD, A., “La mediación en los delitos de violencia de género”, *Revista Internacional de Mediación*, N° 1, p. 8-23, 2014.

LARRAURI PIOJAN, E., “Justicia restauradora y violencia doméstica”. En ASUA BATARRITA, A. y GARRO CARRERA, E., *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, p.125-144, 2009. Texto disponible en: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325076458_Justicia%20Restauradora%20y%20Violencia%20Dom%C3%A9stica-%20Elena%20Larrauri.pdf (último acceso febrero 2019).

MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius ponendi* del Estado”, *Revista de Derecho Penal*, N° 33, p. 10-32, 2011.

MOLINA CABALLERO, M^a J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, N^o 17-24, p. 1-23, 2015.

ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia de la voluntad de la víctima”, *Diario La Ley*, N^o 8697, p. 1-22, 2016.

RENEDO ARENAL, M^a A., “¿Mediación penal en violencia de género? No gracias”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, p. 177 -198, primer semestre de 2014.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género: su incidencia en la ejecución”, *La Ley Penal*, N^o 130, p. 1-8, 2018.

SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género”, *La Ley Penal*, N^o 112, p. 1-23, 2015.

SÁNCHEZ RUÍZ, I. C. y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M^a P., “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos de violencia de género: La mediación”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia política*, Vol. 6, N^o 3, p. 65-82, 2015.

SERRAMIÀ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: Especial incidencia en la violencia de género”, *Dereito*, Vol. 26, N^o2, p. 1-30, 2017.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., “La mediación penal análisis y perspectivas tras la reforma del Código Penal y la aprobación del Estatuto de la víctima del delito”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, N^o39, Cizur Menor, p. 1-19, 2015.

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: 10/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 16/12/2018
- Avaliação 1: 25/12/2018
- Avaliação 2: 31/12/2018
- Avaliação 3: 02/01/2019
- Avaliação 4: 08/01/2019
- Decisão editorial preliminar: 15/02/2019
- Deslocamento ao V5N2 e aviso autora: 15/02/2019
- Retorno rodada de correções: 26/03/2019
- Decisão editorial final: 30/03/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ÁLVAREZ SUÁREZ, Laura. La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 1075-1106, mai./ago. 2019.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.202>



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

Furto de gado, ação penal e justiça não estatal: sobre o Nascimento da Ação Penal Pública Condicionada à Representação no Brasil (1860-1899)

*Cattle theft, criminal action and non-state justice: the birth of public
penal action conditonate to representation in Brazil (1860-1899)*

Lucas Ribeiro Garro¹

Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG

lucasrgarro@gmail.com



<http://lattes.cnpq.br/6835402641470400>



<https://orcid.org/0000-0002-9494-9721>

RESUMO: O presente trabalho busca responder à seguinte questão: como o surgimento da ação penal pública condicionada à representação no Brasil se relaciona com as práticas de justiça não estatais vinculadas ao crime de furto de gado? Para tanto, busca compreender o surgimento da ação pública condicionada à representação e sua relação com o crime de furto de gado, tendo por recorte temporal os anos de 1860, ano de nascimento deste crime, e 1899, ano em que esta ação deixa de ser aplicada a este delito. Esta análise levará em consideração o contexto jurídico nacional e o internacional, por meio de uma perspectiva histórico-comparada, contextualizando os discursos sobre esta ação e sobre crime de furto de gado no âmbito dos seus interlocutores nacionais e internacionais. Para tanto foram utilizadas ferramentas metodológicas próprias da história comparada do direito, como a inserção internacional do objeto de estudo para compreender a possível relação entre a ação penal pública condicionada e as práticas de negociação entre as partes. A partir dessas perspectivas, serão analisados os debates parlamentares e doutrinas nacionais e internacionais sobre ação penal. Essas fontes

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), graduado em História pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e integrante do *Studium Iuris* - Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFMG).

têm revelado que a busca pela “publicização” da justiça penal no Brasil foi marcada por negociações, de forma que as práticas de justiça não estatais foram absorvidas e sobrepostas pela justiça estatal, mas não eliminadas.

PALAVRAS CHAVES: Ação Penal; Negociações; História do Direito; História do Processo Penal.

ABSTRACT: *The present work seeks to answer the question: how the birth of public penal action conditionate to representation in Brazil, was related to non-institutionalized justice practices connected with the cattle theft. To achieve this goal, we will analyze the birth of the penal action conditioned to the representation and its relation with the crime of cattle theft, between 1860, year of birth of this crime, and 1899, when this penal action was no more applied to the cattle theft crime. This examination will be based on national and international legal context, through a historical-comparative perspective, contextualizing the discourses about this action and the crime of cattle theft in the scope of its national and international interlocutors. In order to do so, we used methodological tools based on the comparative history of law, such as the international insertion of the study object to understand the possible relation between the conditioned public criminal action and the practices of negotiation between the parties. From these perspectives, we analyzed parliamentary debates, national and international doctrines on criminal action. Until now were discovered that the search for the “publicization” of criminal justice in Brazil was marked by negotiations in a way that the non-state justice was not eliminate but absorbed and overlaid by the state justice.*

KEY WORDS: *Criminal Action; Negotiations; Legal History; Criminal Procedure History.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. “A Impunidade Nasce do Silêncio do Ofendido”. 2. Em Algum Lugar entre a França e a Itália. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A construção do direito penal moderno envolveu a concentração do poder de punir nas instituições estatais e o combate às práticas privadas de justiça comumente chamadas de vingança. Esse assunto já foi

amplamente analisado na Europa, principalmente na França e na Itália. Vários são os estudos que buscaram discutir a relação entre as práticas privadas de justiça e as práticas institucionais.

No Brasil, são poucos os trabalhos que estudam as negociações ou as práticas de justiça privada em relação a crimes.² Essa defasagem torna difícil a compreensão da cultura jurídica nacional, principalmente sobre o processo de consolidação e institucionalização de uma justiça penal por meio da concentração do *ius puniendi*.

Este processo de concentração do poder de punir depende de dois elementos básicos. O primeiro deles é a construção de um aparato jurídico-legal que torne o Estado o centro de poder e o único competente para dirimir conflitos e impor pena. Ao mesmo tempo, é necessário o combate a práticas de justiça que extrapolem ou que não se vinculem ao sistema penal institucional, seja a vingança ou mesmo a negociação.

Diante disso, este trabalho busca contribuir para a história do direito processual penal brasileiro trazendo para o campo das discussões esse tema de grande importância. Assim, o foco principal desta proposta é analisar um aspecto das práticas de justiça negociada no Brasil e sua relação com a institucionalização da justiça penal brasileira, buscando responder ao seguinte questionamento: como o surgimento da ação penal pública condicionada à representação no Brasil se relaciona com as práticas de justiça não estatais vinculadas ao crime de furto de gado?

O contexto de surgimento da referida ação penal é marcado pela tentativa de concentração de poder dentro do território nacional, período de formação e de afirmação de um aparato institucional e burocrático. Desta forma, a discussão sobre o surgimento dessa ação penal pode nos revelar bastante sobre o lugar e o papel do público e do privado dentro do direito penal, evidenciando aspectos relevantes sobre a “publicização” da ação penal no Brasil.

² Cf. por exemplo: LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Carlos. (Org.). Fundamentos da História do Direito- 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 351-379; LIMA, Roberto Kant. Tradição inquisitorial no Brasil da colônia ao atual: da devassa ao inquérito policial. *Religião e Sociedade*. v.16 n. 2. p. 94-113, 1992; TEIXEIRA, Arley Fernandes. O perdão do ofendido no direito penal brasileiro do século XIX: negociação no século da justiça pública? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, p. 299–338, 2019.

Essa ação mista se mostra como uma forma muito interessante de intervenção do poder público que, por um lado impedia o ofendido de atuar como titular da ação, papel exercido pelo Ministério Público, por outro, condicionava a atuação do Estado à permissão do particular. Tal relação se revela mais interessante ainda ao constatarmos que ela surge para ser aplicada apenas a um crime específico: o de furto de gado.

Esse crime foi introduzido no direito brasileiro por meio de uma legislação esparsa, o decreto lei 1090 de 1860. Quando foi criado era um crime de titularidade do Estado, ou seja, cabia-lhe a ação pública incondicionada, sendo competência do juiz municipal por meio do procedimento *ex-officio*.³ Em 1883, passa a ser julgado pelo júri, ainda sob a tutela do Ministério Público. Já em 1892 ele continuou sob a autoridade do tribunal do júri, mas não mais como ação pública incondicionada, mas sim como ação penal pública condicionada à representação. Por fim, em 1899, esse delito deixa de ser um crime específico e volta a ser tratado como um furto comum.

A análise se dará a partir de uma inserção internacional do objeto aqui estudado.⁴ Tendo em vista que o direito é uma ciência que não respeita fronteiras, buscamos estabelecer diálogos com produções internacionais, tanto atuais quanto dos séculos XIX e XX, para, assim, entender melhor como surgiu a ação penal pública condicionada à representação no Brasil, seu lugar dentro da cultura jurídico-penal nacional e dos debates internacionais. Desta forma, o objetivo principal deste artigo é entender o surgimento da ação penal pública condicionada à representação no Brasil e sua relação com práticas de justiça penal não estatais vinculadas ao crime de furto de gado, a partir de uma perspectiva de história comparada do direito em sentido lato, tal como entendida

³ O procedimento *ex-officio* era uma modalidade processo penal no qual o juiz agia de forma autônoma, sem necessidade de ser provocado. Nessa situação, além de exercer o papel de julgador o juiz exercia também o papel de acusador. Embora não muito comum esse tipo de procedimento se poderia ocorrer apenas em relação a crimes de ação pública e nos casos de falta ou omissão do Ministério Público. ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901. p. 123

⁴ PIHLAJAMÄKI, Heikki. Comparative contexts in legal history. Are we all comparatists now? Seqüência, n. 70. Florianópolis, junho de 2015, p. 70.

por Pihlajamäki.⁵ Então, buscando clarear esse assunto foram analisados debates legislativos, doutrinas nacionais e internacionais, da época, assim como se estabeleceu um debate com a historiografia nacional e com produções historiográficas internacionais.

1. “A IMPUNIDADE NASCE DO SILÊNCIO DO OFENDIDO”

Na atualidade, a ação penal pública condicionada à representação já se consagrou como um dos tipos de ações penais vigentes no Brasil. Apesar de ser aplicável apenas a uma pequena quantidade de crimes,⁶ ela é parte integrante do rol de ações penais do Código de Processo Penal de 1941.⁷ Ela se caracteriza como a ação penal que, mesmo sendo de responsabilidade do Estado, depende de uma aprovação, ou permissão do particular para que possa ser iniciada. Assim, nessa forma de procedimento penal, o Estado é de fato o autor da ação, mas para iniciá-la necessita da representação do ofendido, que atua nessa ação penal como subsidiário, assumindo o papel de autor caso o Estado se negue a ocupar tal papel. Nesse sentido, se o particular optar por perseguir o crime ele deverá realizar a sua representação, uma espécie de autorização formal para que o Estado inicie o processo penal apresentando a denúncia contra o ofensor. O Ministério Público atuará como autor daquela ação penal, que por isso é uma ação pública, mas condicionada à representação do ofendido, que poderá também participar subsidiariamente na ação como assistente de acusação, atuando em parceria com o Ministério Público no processo penal, podendo se retratar da representação até o momento em que o Ministério Público apresente a denúncia, ou seja, inicie a ação penal.

⁵ PIHLAJAMÄKI, Heikki. Comparative contexts in legal history. Are we all comparatists now? *Seqüência*, Florianópolis, n. 70, jun. 2015, p. 70.

⁶ Ela se aplica a casos de estupro (art. 213 CP/40), ameaça (art. 147 CP/40), perigo de contágio venéreo (art. 130 CP/40), dentre outros.

⁷ “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.” BRASIL. Decreto Lei nº 3689, de 3 Outubro de 1941. Código de Processo Penal. 2018, p. 94.

Embora atualmente ela já esteja consolidada, o seu surgimento, assim como, o surgimento do crime de furto de gado foi uma grande odisseia legislativa. Durante mais de três décadas, o legislativo brasileiro debateu e legislou sobre esses assuntos, culminando na promulgação de diferentes leis e decretos, todas preocupadas com a prática de uma justiça externa à do Estado.

1.1 QUEM MELHOR PARA PUNIR SENÃO O ESTADO? A LEI 1090/1860, O DECRETO 3163/1883 E A LUTA CONTRA A IMPUNIDADE.

A preocupação em combater a atividade de particulares na resolução de conflitos mediante negociação já se fazia presente em 1850, quando tiveram início os debates acerca da criação de um novo tipo penal: o crime de furto de gado. Nos dez primeiros anos de debates legislativos, ficou claro que, para os parlamentares, era essencial a criação de um novo tipo penal para o furto de animais de fazenda, tratados como gado *vacuum ou cavalari*.⁸ Assim, surgiu um tipo penal que garantiria, pelo menos em tese, uma proteção maior a esses animais em relação aos demais crimes de furto, proteção essa que se baseava na titularidade da ação penal.

Segundo o Código de Processo Criminal do Brasil de 1832, deveria ser aplicada ao crime de furto a queixa, ou seja, a ação privada. Assim, o ofendido assumia o protagonismo da ação penal, devendo atuar como autor, bem como apresentar provas e participar da investigação do crime, uma vez que a queixa deveria ser acompanhada não só de uma narração do fato criminoso, mas também “as circunstâncias, a pessoa que praticou, os meios que empregou, devendo descrever o corpo de delicto, nomear as testemunhas, informantes e demais provas”.⁹

Esse modelo de ação penal privada foi a regra geral durante a maior parte do século XIX. Caberia a atuação do Ministério Público apenas em situações muito específicas, como nos crimes inafiançáveis ou com prisão em flagrante; nos crimes próprios de funcionários

⁸ A expressão *vacuum e cavalari* se referem ao gado de grande porte, principalmente o bovino e aos equinos de uma maneira geral.

⁹ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901. p. 131

públicos; ou, ainda, no caso de crimes contra o Estado ou autoridades. Nesse sentido, o Estado era autor na minoria das ações, ficando, na maior parte das vezes, o particular incumbido de acionar o poder estatal e processar o criminoso.

O furto de gado tem como sua marca principal a ação penal pública em seu momento de criação. Diferentemente de todos os outros furtos, ele não teria como o autor da ação penal o ofendido, mas sim o Estado. Essa foi a alteração trazida pelo já citado Decreto 1090/1860, que criou o crime de furto de gado *vaccum e cavallar* e determinou que sobre ele caberia a denúncia, ou seja, a atuação do Ministério Público.

A adoção da ação pública para o furto de animais evidencia duas questões muito importantes e que, pela fala dos legisladores, parecia estar em evidência no período. A primeira delas estava relacionada com a eficácia da justiça penal, a outra com o lugar do ofendido, ou do particular, no processo penal.

Essa última discussão se faz muito presente nos debates acerca de um adendo proposto pela Comissão de Justiça Criminal da Câmara de Deputados, segundo a qual deveria ser adicionado um artigo que determinasse o seguinte:¹⁰

Art. 2º Nos crimes em que tem lugar a denuncia podem reciprocamente o promotor publico, havendo denuncia popular, e o offendido havendo queixa ou denuncia, tomar parte no processo em quaesquer termos que elle achar; mas nesse caso as recusações¹¹ competem exclusivamente no promotor.

A Comissão criava uma nova figura no processo penal brasileiro. Uma figura que não foi de fato nomeada, mas que era diferente do assistente de acusação. No direito penal vigente entre 1830 e 1890, a ideia de um assistente de acusação parecia não existir nas ações públicas. Era

¹⁰ BRASIL. Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1850. p. 48.

¹¹ Segundo PINTO, Luiz Maria da Silva, *Diccionario da lingua brasileira*. Typographia de Silva. Ouro Preto, 1832. p.237, recucusação seria o ato de recusar, no caso da lei, deve dizer da capacidade de recusar a punição do ofendido, ou de qualquer outro procedimento processual.

permitido ao ofendido contribuir apenas na parte do inquérito policial, apresentando testemunhas.¹²

Pela forma como foi disposto no artigo, podemos inferir que o ofendido atuaria como autor da ação, sendo-lhe proibido somente exercer a “recusação”. De acordo com o decreto, a participação do ofendido ou do popular se assemelha mais à do assistente de acusação na legislação penal atual.¹³na qual ele pode intervir diretamente no processo, mas não no inquérito policial, ou seja, assim como o assistente de acusação, o ofendido atuaria em conjunto com o Estado, sendo ele também autor da ação. Se, por um lado, essa proposta buscava manter a participação ativa do particular no processo do crime de furto de gado, ele também dava ao poder público o protagonismo da ação.

Essa proposta não foi muito bem recebida pelos demais parlamentares. Apesar de remover do ofendido o papel de protagonista da ação penal, ela o mantinha como importante no processo de julgamento do crime de furto de animais, o que para a maior parte dos parlamentares não era o mais correto, já que a centralidade do ofendido, ou mesmo sua participação no processo penal, prejudicava a efetiva punição dos crimes.

A fala dos parlamentares é clara em entender que o crime de furto de animais era uma prática contra a própria ordem econômica do país já que a economia era eminentemente rural, devendo qualquer ato contrário ou ofensivo à produção agrícola e pecuária ser punido da forma mais rápida e eficiente. Desta forma, deixar na mão dos particulares a decisão de perseguir ou não este crime era atrapalhar o desenvolvimento da economia nacional, logo era inaceitável que esse crime ficasse sem punição.¹⁴

¹² Essa intervenção era autorizada pelo artigo 79 §5º do código de processo penal de 1832, que dizia: Art. 79. A queixa, ou denuncia deve conter: § 5º Nomeação de todos os informantes, e testemunhas.

¹³ Art. 271 “Ao assistente será *permittedo propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público*, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598”. BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

¹⁴ Segundo o entendimento do Deputado Carneiro da Cunha, após um longo discurso sobre a importância da lavoura e da pecuário no país, conclui dizendo que “que o comercio interior é feito sob as costas de animaes” BRASIL. Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1852. p. 48. Após

Nesse sentido, as falas dos deputados e senadores que discursaram durante a criação desse novo delito corroboram com a mesma perspectiva: o protagonismo do ofendido permitiria que certos crimes não fossem investigados ou punidos. Em outras palavras, “os crimes particulares ficam impunes, e se podem riscar dos catálogos de crimes”.¹⁵ Tal posição evidencia uma mudança em relação ao entendimento sobre a ação privada que, mesmo sendo regra segundo o Código de Processo Criminal de 1832, deveria ser direcionada apenas aos casos em que a honra ou vida privada fossem ameaçadas ou feridas, sendo esses os momentos nos quais, dentro do direito criminal, a centralidade da parte seria aceitável.

Essa descrença fica clara na fala do deputado Carreiro Cunha que se indignava ao comparar a realidade do processo penal brasileiro às práticas do processo penal francês:¹⁶

na França um indivíduo [que] havia furtado um ovo foi imediatamente preso e levado ao tribunal correccional, e que pena teve? A de quinze dias de cadeia; entretanto, no nosso paiz aonde se furtão cousas, não do valor de um ovo, mas de muito maior quantia, não há quem reprima estes crimes!

O discurso do deputado sublinha que a justiça francesa seria extremamente eficiente devido à utilização de uma ação pública, permitindo a persecução e o julgamento de todos os crimes, não deixando nenhum deles impunes. Ele usa o tribunal correccional como um exemplo de eficiência punitiva, sendo uma das características para seu sucesso no combate aos crimes o fato de as ações penais serem de caráter público. Entretanto, o discurso omite algumas informações que contribuía para essa eficiência do tribunal correccional.

essa fala ele demonstra a importância desses animais e como protege-los deve ser um dever e uma preocupação do Estado a fim de resguarda a economia nacional que era, à época, eminentemente rural. Seu discurso é bastante aplaudido e recebe vários apoios dentre os Deputados.

¹⁵ BRASIL. Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1850. p. 224.

¹⁶ BRASIL. Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1850. p. 87.

O tribunal correcional só cuidava de crimes mais simples e punidos apenas com reclusão. Assim, a utilização da França por parte do legislador, mostra-se como uma estratégia retórica, pois o exemplo de tribunal utilizado não convinha à punição do crime discutido em parlamento. Entretanto, o caso francês era visto, entre os deputados, como um exemplo de eficiência graças à valorização da ação penal pública.

Nesse sentido, a legislação penal francesa, no artigo primeiro do código penal vigente da época, deixa clara uma grande divisão entre a ação penal e a ação civil. Assim, o primeiro artigo do “código de instrução criminal” (1808) previa que “a ação de execução de penas pertence apenas aos funcionários a quem é confiada por lei.”¹⁷. A lei de 20 de abril de 1810, conhecida como “a organização da ordem judiciária e da administração da justiça” cuidou de confiar aos funcionários, logo em seu artigo 45, que “os Procuradores-Gerais exercerão a ação de justiça criminal na sua jurisdição”,¹⁸ completando assim o disposto no artigo primeiro do “código de instrução criminal”.

A mobilização desses argumentos comparatistas e a aproximação com a França evidenciam a preferência que os legisladores possuem em relação à ação pública, sendo o desejo de muitos parlamentares que esta ação fosse a regra geral. Assim, a escolha da ação pública seria melhor pois ela impediria a ocorrência da impunidade.

Os debates acerca do decreto 1090/1860 dão início a um ataque à ação penal privada, à participação do ofendido no processo penal, que passa a ser vista como prejudicial na maior parte dos casos, já que tal participação contribuiria para a impunidade. Em outras palavras: a ação privada permitia ao ofendido decidir se iria ou não acionar a justiça, ou mesmo desistir da ação, assim como procurar outras formas de resolver sua lide penal, o que afastaria o Estado do caso e contribuiria com a impunidade.

¹⁷ Tradução do trecho: “*l’action pour l’application des peines n’appartient qu’aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi.*”. FRANCE. Code D’instrucion Criminelle. Paris: L’imprimiere de Mame, 1810. p. 1.

¹⁸ Tradução do trecho: “*les procureurs généraux exerceront l’action de la justice criminelle dans toute l’étendue de leur ressort.*”. FRANCE. Loi de l’organisation de l’ordre judiciaire et l’administration de la justice. Paris: L’imprimiere de Mame, 1810. p. 5.

Com isso, a preocupação com o lugar do ofendido no processo penal levou a uma discussão acerca da própria eficiência da justiça penal, já que a impunidade, resultante de uma ineficiência do aparato de justiça estatal, estaria vinculada ao protagonismo do ofendido.

A impunidade era uma palavra recorrente na fala dos deputados, sendo veiculada como principal motivação para a criação do tipo penal de furto de gado. Os parlamentares se indignavam com a constante ocorrência desse tipo de furto no país e viam o projeto como uma maneira de impedir o progresso do “crime de furto de animaes, que se dá em grande escala na minha província (Bahia) e também nas províncias limitrofes”.¹⁹Tal progresso aconteceria devido à “*impunidade, e esta nasce do silêncio que, acerca desse crime, guardão os ofendidos*”²⁰ (grifos meus). O trecho do discurso acima, do deputado Corrêa Lima, evidencia de maneira clara que era necessário combater os silêncios que envolviam os furtos de animais, que seriam a principal causa da impunidade.

A explicação apresentada para essa opção pelo silêncio era a de que os ofendidos muitas vezes optavam por negociar com aquele que o havia furtado, afastando a aplicação e a atuação da justiça oficial, utilizando-se de práticas não institucionais de justiça, ou de uma justiça negociada. Nesse sentido a impunidade se fazia evidente já que:

[se] é preso o delinquente, o ofendido, como mais deseja é a indenização do dano causado, perdoâ-lhe o crime, contentando-se com a satisfação do valor do objeto furtado, e assim é posto o ladrão em liberdade, que logo vai se empregar no furto de outros animaes.²¹

Podemos perceber na fala do deputado que um dos aspectos principais desta negociação é que a pena, poder que é do Estado, transformava-se em um elemento de barganha para libertar o criminoso. Nessa primeira aparição, as negociações são entendidas como maneiras

¹⁹ BRASIL Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1850. p. 86.

²⁰ BRASIL Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1850. p. 86.

²¹ BRASIL Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1850. p. 87.

de garantir ao ofendido a devida reparação do dano e ao criminoso sua liberdade. Dessa forma, na barganha apresentada pelo deputado, o ofendido poderia se utilizar do poder do Estado para pressionar o criminoso a restituir-lhe o dano causado, garantindo ao preso a liberdade e, segundo o legislador, a impunidade.

Assim, concluindo ser a publicização da ação penal do crime de furto de animais a melhor maneira de combater a impunidade e a disseminação dessa prática delituosa os parlamentares aprovam o decreto, que determina ser o crime de furto de gado *vaccum e cavallar*, um crime de denúncia, ou seja, um crime de ação penal pública.

Esse novo crime se aproxima da tradição jurídica da península itálica da época, principalmente com o Código Penal Sardo (1830). Em ambos os textos legais, o furto de animais aparece como uma qualificadora caso viesse a ocorrer nos campos. O artigo 609 do Código Penal da Sardenha determinava que “é qualificado por lugar, e punido com a prisão, o furto de cavalos, de bois, de bestas de carga, ou de montaria, de gado grande ou pequeno, nos pastos ou nos estábulos”.²²

A previsão de um crime específico para o furto de animais se manteve na tradição jurídica italiana. Em 1889, o Código Penal Italiano tratava do furto de animais em seu artigo 403 n° 6, o qual dispunha como qualificado o furto de “animais em seus criadouros, ou até mesmo animais deixados por necessidade em campo aberto e com relação aos quais a previsão do número 12 do artigo seguinte não se aplicava”.²³ A previsão para qual o artigo nos remete é a de um agravante de pena que se daria caso o crime fosse cometido contra gado de grande porte em pasto, estábulos ou próximo a habitações.

O exemplo do direito penal italiano nos serve para evidenciar que o crime de furto de animais não era uma problemática típica do Brasil, e que já existiam outras previsões em outros países. No caso italiano, estudos desenvolvidos por Sbriccoli (2001) e por Lacché (2013)²⁴ mos-

²² ITALIA. Codice Penale il re di Sardegna. Torino: Stamperia Reale. 1859. p. 184.

²³ ITALIA. Codice Penale per il Regno D'Italia. Roma: Satamperia Reale. 1889. p. 143.

²⁴ Aqui me refiro aos trabalhos: LACCHÈ, Luigi Mezzadro, mezzo ladro, mezzalmezzadro. Il furto campestre e l'antropologia storica. In: ADORNATO,

traram que esse delito pode servir como ponto de partida para a análise de práticas não institucionais de justiça. A investigação aqui desenvolvida busca evidenciar que o mesmo pode se dar para a realidade brasileira, isto é, esse mesmo crime também pode ser utilizado para a observação das especificidades das práticas de justiça não institucionalizadas nacionais.

Nos debates acerca da lei 3163 de 1883, a impunidade se mostrou como o tema principal, associada sempre com a questão das ações penais. Embora a ação penal vinculada a esse crime permaneça pública e a única alteração tenha sido processual.²⁵ os debates parlamentares focaram em dois pontos principais, um mais voltado para a natureza e a pena do crime de furto de animais e o outro vinculado às ações penais e às negociações.

Havia uma preocupação grande dos parlamentares com a parte do projeto que institui “o mínimo da pena ser de um ano e não de dous meses como determina o artigo 257 [crime de furto] do código [criminal]”.²⁶ Havia certo espanto com a possibilidade de a pena cominada ao furto de gado ser maior que a do furto comum, esse aparte levantou um debate relativo à própria natureza desse crime.

Estavam colocados em pauta dois entendimentos diferentes sobre o furto de gado. Para um lado, o furto de animais era uma espécie de furto que precisa ser julgado de maneira mais rápida, e por isso deveria ter a mesma pena do furto comum. O outro lado via o furto de gado como um crime mais grave e mais ofensivo do que o furto comum, devendo por isso possuir uma pena abstrata maior.

Embora esse segundo posicionamento vindo da Câmara tenha ganhado simpatia de alguns senadores, a maior parte deles parecia corroborar com o entendimento de que era “um absurdo que para o mesmo

Francesco & CEGNA, Annalisa (Org.) *Le Marche nella mezzadria: Un grande futuro dietro le spalle* Macerata: Quodlibet, 2013, e também à obra SBRIC-COLI, Mario. *Il furto campestre nell'Italia mezzadrile. Un'interpretazione*, in *Annali dell'Istituto 'A. Cervi'*, 2, 1980, pp. 371-378.

²⁵ A partir da promulgação desta lei em 1883 o crime de furto de gado *cavallar e muar* deveria ser julgado no tribunal do júri, não lhe sendo aplicado o procedimento *ex-officio*, no qual o juiz municipal realizava a investigação e o juiz de direito julgava o crime, como ordena o decreto 1090 de 1860.

²⁶ BRASIL Anais da Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1882. p. 313.

crime, sem diferença alguma perante o direito, existam duas penalidades”.²⁷ Assim, a partir dessa lei não vemos mais qualquer discussão sobre a natureza do crime de furto de gado.

Ficou firmado o entendimento apresentado no decreto 1090/1860 de que o furto de animais era um furto comum. Entretanto, deveria existir uma forma processual que garantisse uma punição mais rápida e efetiva para esse delito, visto como generalizado por causa da impunidade que o acompanhava, que seria causada, principalmente, pelas negociações entre criminoso e ofendido. Ou seja, o foco desse projeto, assim como dos demais, era o de “tornar fácil a punição do crime”.²⁸

Outra discussão bastante acirrada na construção desse projeto tinha como elemento principal o lugar e a importância da ação privada dentro do sistema penal brasileiro consolidado com o Código Criminal de 1830 e com o Código de Processo Criminal de 1832. Essa discussão teve início devido ao disposto no §2º do artigo 2º do projeto de lei,²⁹ que determinava a representação para todos os crimes de furto, tornando-os crimes de ação pública e não mais privada.

No entendimento dos parlamentares, a ideia do legislador que criou o Código de Processo Criminal era garantir a liberdade individual em relação à proteção do patrimônio. Dessa forma, intervir e remover do ofendido o direito de decidir quando os crimes contra o seu patrimônio fossem ou não punidos era uma atuação autoritária, intervenção injustificada do Estado na vida particular dos indivíduos.

É interessante perceber que a ação privada é associada à impunidade apenas nas questões relativas ao crime de furto de gado, sendo entendida como essencial nos demais crimes de dano ao patrimônio privado. Nesse sentido, tornar pública a ação de um crime era entendê-lo como uma ofensa à própria ordem pública, contra o Estado, o que no crime

²⁷ BRASIL Anais da Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1882. p. 313.

²⁸ BRASIL Anais da Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1882. p. 315.

²⁹ Era essa a redação do artigo 2º e do §2º do projeto original da lei 3163/83: “Art. 2º O procedimento *ex-officio* dos juizes formadores da culpa terá lugar, sobre representação da parte ofendida, nos seguintes crimes: §2º Furtos, compreendidos no artigo antecedente e nis arts. 257, 258 e 259 do código criminal. BRASIL. Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1879. p. 213 (*grifos meus.*)

de furto de animais parece ser justificado novamente pela importância econômica da pecuária no Brasil do século XIX.

Para além dessa justificativa econômica, temos também uma justificativa política, no sentido de que tornar esse crime de ação pública era combater as negociações, práticas que afrontavam a justiça criminal que se firmava nesse momento de consolidação do Estado Nacional no Brasil.

A importância desse assunto era tanta que o senador Meira Vasconcellos, ao abrir as discussões sobre o projeto que viria a ser tornar a lei 3163/1883, afirmou que:

Nem sempre a vindicta particular só por si satisfaz à necessidade da lei e as exigências que tem a sociedade da ordem, da paz e do socego público. *O particular muitas vezes abandona o crime, outras trata da punição por mera vingança pessoal, e outras vezes entre em transacções reprovadas, a que a lei não deve se tornar indiferente consentindo que elas produzam seus efeitos* (grifos meus).³⁰

Na fala do senador vemos presentes os mesmos elementos já trazidos pela discussão anterior. Ainda há uma preocupação dos legisladores com o abandono e as negociações que existem por trás destes crimes e que acabam por dificultar e impedir a ação estatal. Vemos que mesmo presente uma preocupação com a permanência da ação privada, há uma evidente relação entre ela e as “transacções reprovadas” que insistem em acompanhar o crime e “usurpar da justiça” o direito de punir.

É clara a preocupação dos parlamentares em garantir que a justiça institucionalizada se mostrasse como a ferramenta de resolução de conflitos criminais, reafirmando o lugar da justiça penal do Estado como única capaz de proporcionar a efetiva e justa punição, ao mesmo tempo que combate as práticas não institucionais de justiça, associando-as à impunidade.

1.2 ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: A LEI 121/1882 E UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO.

Em 1892 surge uma nova ferramenta, através da criação de uma nova modalidade de ação penal, na qual o Estado ocuparia o papel principal,

³⁰ BRASIL Anais do Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1882. p. 315.

mas o ofendido também participaria por meio da representação, espécie de autorização para que o poder público agisse, processando e punindo o infrator. É nesse momento, através da lei 121 de 1892, que nasce, no Brasil, aquilo que atualmente conhecemos como ação penal pública condicionada à representação.

A discussão de alteração no processo de julgamento do crime de furto de animais é iniciada com uma longa digressão histórica feita pelo senador Coelho Campos que resumia todas as alterações já realizadas nesse crime, enfocando nas justificativas que evidenciam a sua importância. Essa digressão é interessante, pois, apesar de discutir a necessidade da adoção da ação pública para combater a impunidade, fazia uma crítica à ação pública, que forçava o Estado a agir mesmo nos furtos “de um pequeno objeto, de um cabrito por exemplo, [vindo] o reo a suffer uma pena de oito mezes a quatro anos, *que ele* [ofendido] *de bom grado perdoaria* se não fosse a inflexibilidade da ação publica que não pode transigir”³¹ (grifos meus).

Assim, uma nova questão é posta em debate, a mobilização do Estado em causas de pequeno valor. Em primeiro lugar, ela iluminava o caráter eminentemente privado do crime de furto e do dano por ele gerado. Em segundo lugar, o crime de furto de animais e produtos de lavoura é elevado a um patamar diferenciado, devido ao lugar que as fazendas ocupavam na economia nacional, assim como “pela facilidade com que são cometidos por andarem soltos os animais e servirem de veículo ao ladrão”.³²

Com esses argumentos, ficava clara a necessidade de se adotar uma ação pública para esses crimes, mas, ao mesmo tempo, indica ser necessário alterá-la pois geraria custos ao Estado combater o furto de coisas insignificantes. Nesse raciocínio, o senador traz dois elementos que marcaram, como temos visto, as discussões sobre o furto de animais: as negociações (ou perdão) e a impunidade.

O senador evidenciava assim, uma vez mais, que a impunidade era a justificativa para a adoção da ação pública, uma vez que permanece o entendimento de ser ela a melhor forma de combater crimes e de

³¹ BRASIL Anais do Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1892. p. 71.

³² BRASIL Anais do Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1892. p. 72.

garantir a efetiva punição. Por outro lado, apresenta uma problemática quanto à sua adoção, já que forçava o Estado a atuar em todos os furtos, independentemente do valor do gado furtado. Assim, caso a titularidade da ação permanecesse com o Ministério Público, eles teriam de mobilizar o aparato penal para perseguir e punir o furto de animais, mesmo aqueles de valores tão pequenos que o próprio ofendido não iria se incomodar em buscar a reparação.

Diante disso, o senador Coelho e Campos propôs a seguinte emenda:

Art. 2º Nos crimes a que se refere a mesma lei, a ação publica será iniciada sobre representação do offendido, e perime pela desistencia deste, pagas neste caso por elle as custas.

Art. 3º O furto de gado vaccum, cavallar e muar será punido com a penalidade do art. 330 § 4º ³³ doCodigo Penal, sendo a multa em relação ao valor do objecto furtado.³⁴

Com esses dois novos artigos se buscava combater a impunidade, a negociação e a mobilização desnecessário do Estado. No caso do artigo segundo, o pagamento das custas no caso de desistência, por parte do desistente, se dava “para que ele não seja fácil em appellar para a justiça e depois desistir. É um *correctivo para que a justiça não sirva de juguete à mercê dos caprichos [e] interesses de cada um*”,³⁵ Quanto ao artigo 5º, seu efeito foi o de agravar a penalidade do furto de animais que, antes, como os demais furtos, dependia do valor do objeto para análise de sua pena, mas, agora, terá como pena a máxima cominada ao crime de furto, a de prisão por seis meses a três anos, sendo o valor do objeto importante apenas para a aplicação da multa.

Essas alterações mantinham a titularidade da ação penal com o Estado, mas este dependeria de autorização prévia para dar início ao processo criminal, assim se evitaria que o Ministério Público atuasse

³³ Art. 330. Subtrahir para si, ou para outrem, cousa alheia movel, contra a vontade do seu dono: (...); § 4º Si de valor igual ou excedente a 200\$000:Penas - de prisão cellular por seis mezes a tres annos e a mesma multa.

³⁴ BRASIL Anais do Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1892. p. 72.

³⁵ BRASIL Anais do Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1892. p. 72.

em crimes de valor muito baixo e que a reparação não fosse de interesse do ofendido, assim se resolvia um dos problemas relacionados à adoção da ação pública. Quanto ao problema das negociações e a utilização da justiça institucional para chantagear o criminoso, a imposição de uma sanção - o pagamento das custas processuais - dificultaria a desistência da ação por parte do ofendido.

Por fim, a impunidade que envolvia esse crime seria resolvida, pois, embora dependesse da autorização do ofendido para que o Ministério Público iniciasse a ação penal, seria a polícia que cuidaria do inquérito e da produção de provas. Com isso, não haveria motivos que tornassem difícil a perseguição do crime, mesmo nos casos em que as vítimas fossem pequenos e médios proprietários rurais, aqueles que possuíam alguns animais, e representavam a maior parte dos agricultores do país.³⁶

Fica evidente nos debates que a criação dessa nova ação penal, que passava a conjugar o particular e o público, nasce da necessidade de se conciliar o combate à impunidade com o combate às negociações, entendidas como maneiras de impedir a punição.

A criação da ação penal pública condicionada à representação seria uma maneira mais efetiva de se combater tais práticas, pois se a atuação do Estado era vista como a melhor forma de punir os crimes, era necessário estabelecer a participação do ofendido na ação, uma vez que assim, ele teria de abandonar as negociações e integrar a justiça institucionalizada, caso a mobilizasse.

1.3 A MORTE DE UM CRIME E A SOLIDIFICAÇÃO DE UMA AÇÃO: O DECRETO 628/99 E O FIM DO CRIME DE FURTO DE GADO (1899)

Em 1899, com a edição do decreto 628, esse entendimento deixa de ser aplicado em relação ao crime de furto de animais, a ação penal pública condicionada à representação se desassocia desse crime e passa

³⁶ Sobre o predomínio de pequenos e médios agricultores no Brasil do século XX cf. FRAGOSO, Joao Luis Ribeiro, *Homens de Grossa Aventura: acumulação e hierarquia na praca mercantil do Rio de Janeiro (1790-1830)*, Rio de Janeiro: Arquivo Nacional. 1998. Sobre a pecuária em Minas Gerais nesse período cf. IGLÉSIAS, Francisco. *Politica economica do governo provincial mineiro (1835-1889)*. Rio de Janeiro: 1958.

a ter uma nova função. Se, em relação ao crime de furto de gado, ela serviria como forma de conciliar a atuação do Estado nas relações vistas como de caráter eminentemente privado, agora ela servia como forma de impedir que o Estado atuasse e interferisse nas relações familiares.

Esse decreto alterou de uma vez por todas o lugar do furto no direito penal brasileiro. O artigo primeiro da proposta apresentada à Câmara era ambicioso e buscava atender a demandas que já foram aqui discutidas e apresentadas. Assim dispunha o projeto sobre a ação penal: “Cabe ação penal por denúncia do Ministério público nos crimes de: I - Furto qualquer que seja o valor do objeto furtado”.³⁷

Vemos, assim, que o objetivo principal do projeto era o de tornar pública a ação de vários crimes, incluídos o crime de furto. Aqui é importante trazer novamente os argumentos levantados na última discussão, principalmente o da impunidade.

Durante o discurso em que apresenta a proposta, o deputado Alfredo Pinto deixa evidente que a questão maior está vinculada a uma corrente impunidade aos mais variados tipos de furtos ocorridos no país, devendo ser de responsabilidade do Estado persegui-los, uma vez que a ação privada teria falhado. Ao mesmo tempo, o deputado não parece se preocupar com a mobilização desnecessária do Estado no combate a furtos de objetos insignificantes, assim como na utilização do Estado em barganhas privadas, isto porque seu objetivo é tornar todos os furtos, não importando o valor ou o tipo de objeto furtado, um crime de ação pública.

Fica aqui reafirmado um entendimento que vem se construindo desde 1860: o de que a ação pública e a institucionalização e a concentração do poder de punir e de processar do Estado é a melhor ferramenta para garantir a efetiva punição dos crimes. Somado a isto, parece também ter prevalecido a tese de que os crimes de furto não pertenceriam à esfera privada, mas seriam uma ofensa maior à sociedade do que ao ofendido, devendo ser por isso de responsabilidade do Ministério Público. É esse o entendimento que a Comissão de Legislação demonstra em seu parecer:

³⁷ BRASIL. Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1898. p. 292 – 293.

Estendendo a acção publica da justiça aos crimes de fruto de todo valor, de damno às cousas publicas e outros, o art. 1º do projeto *facilita a repressão dos mesmo e dificulta sua pratica pela certeza daquella, confiada à acção official da justiça.*³⁸

A pretensão do deputado foi, de fato, atendida, tanto na votação da Câmara quanto no Senado, mas com a adição de uma exceção em relação a um furto específico, desta vez não o de gado, mas o cometido entre familiares. Essa modalidade de furto foi vista como especial e não deveria ser dado ao Estado o poder de intervir no âmbito mais privado da vida dos cidadãos, a família. Assim, a representação pareceu ser uma solução para essa intervenção, sem, contudo, interferir no poder do chefe de família em relação aos eventos que acontecem dentro de sua casa. Nesse sentido vai o argumento da Comissão de Legislação do Senado que propôs a medida:

Admittida esta acção [pública] no crime de furto, a precedência da queixa, si o fato se dá entre parentes, é solemnidade que se impõe para que não seja irremediável ou aggravada a discórdia e perturbação nas famílias pela intervenção o Ministério Publico, que não transige, burlando e porventura impedindo composições naturaes, que tano importam a tranquillidade e prestigio delas.³⁹

Após a apresentação de tal parecer, o deputado Coelho e Campos, o mesmo que teve importante participação e foi responsável por propor a emenda que criou a ação pública condicionada à representação, foi rápido e direto, requerendo a imediata votação do artigo primeiro do parecer. A votação se deu no mesmo dia e por unanimidade. Sem qualquer debate foi aprovado o parágrafo único que dizia:

A acção publica será iniciada sob representação do ofendido, si o furto se der entre parentes e afins ate o 4º grau civil não

³⁸ BRASIL. Anais da Câmara de Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1898. p. 384.

³⁹ BRASIL. Anais do Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1898. p. 155.

compreendidos na disposição do art 335 do Código Penal, que continua em vigor.⁴⁰

Com isso vemos o fim do crime específico de furto de gado, mas a continuidade da ação penal pública condicionada à representação que, anteriormente, servia como forma de combater a prática de negociações transformou-se em ferramenta para garantir a proteção das entidades familiares da intervenção do poder público. Assim, embora tenha sofrido uma alteração, ela não perdeu seu caráter de mediadora entre o espaço público e privado no direito penal, sendo apropriada ora como ferramenta de barganha, ora como limitadora da atividade punitiva do Estado.

De forma geral, podemos perceber que a ação penal é o cerne de uma profunda discussão acerca da função e do papel do Estado no combate não só aos crimes, mas no enfrentamento de práticas particulares que desafiam, desviam e substituem o monopólio estatal do direito de punir. Vemos que esse contexto de disputa entre uma justiça própria do Estado, armada e formada no combate aos crimes, e uma justiça própria do cotidiano, marcada por negociações e até mesmo chantagens que poderiam se apropriar das leis e do direito penal para conquistar ganhos melhores e mais vantagens nessas barganhas.

Os debates parlamentares, embora sejam realizados por uma elite e pouco se pode ouvir nele a voz dos jurisdicionados, mostrou-se uma rica fonte para entendermos as questões e desafios que se impunham à formação de um Estado moderno e liberal, principalmente no âmbito penal.

Ficou evidente que a concentração do poder de punir no Estado era uma necessidade e que as punições externas a ele eram sinônimos de barbárie e vingança, ou de negociações e impunidade. Entretanto, a quantidade de leis e as constantes alterações na matéria mostram que, pelo menos no caso do furto de animais, esse combate não foi fácil, terminando com a criação de um modo de proceder processual que procurava articular o interesse público e o privado. Criava-se uma maneira de permitir ao Estado intervir nos domínios tidos como públicos, sem ferir os direitos tidos como privados e próprios de serem defendidos por aqueles que foram ofendidos.

⁴⁰ BRASIL. Anais do Senado Federal. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial 1898. p. 155.

2. EM ALGUM LUGAR ENTRE A FRANÇA E A ITÁLIA

Assim como a legislação, a doutrina é parte importante do direito, já que é através dela que os estudiosos e operadores do direito interpretam a lei e guiam sua atuação. Nesse sentido, para se entender o lugar e os sentidos por trás da criação da ação penal pública condicionada à representação, é essencial analisar como os juristas entenderam, receberam e interpretaram esse instituto.

Ao analisarmos a doutrina foi possível perceber certo silêncio acerca tanto do crime de furto de gado, quanto da ação penal pública condicionada à representação. Apesar desse silêncio, os textos são fontes interessantes e nos localizam no cerne do debate em curso no Brasil sobre a ação penal. Esse debate é um elemento fundamental para podermos analisar a ação penal pública condicionada à representação no cenário jurídico brasileiro.

Dentre as doutrinas analisadas, apenas quatro autores se preocuparam em citar a existência da ação pública condicionada à representação, sendo que, no primeiro, o tema só aparece em nota de rodapé,⁴¹ em outro apenas como uma breve exceção à regra geral das ações aplicáveis ao crime de furto,⁴² e, por fim, os mais completos deles, além de apresentarem a ação penal pública condicionada à representação como uma exceção, ainda fazem um histórico das leis que levaram à formação dessa nova forma de proceder processualmente.⁴³

⁴¹ O autor Joaquim Guimarães apenas transcreve o texto da lei “DECRETO Nº 121, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1892: Art. 1º A lei n. 21 de 24 de outubro de 1891 compreende, quanto á acção publica, o furto de gado de qualquer especie, competindo aos Estados a determinação da fórma dos respectivos processos e julgamento; Art. 2º Nos crimes a que se refere a mesma lei, a acção publica será iniciada sobre representação do offendido, e perime pela desistencia deste, pagas neste caso por elle as custas; Art. 3º O furto de gado vaccum, cavallar e muar será punido com a penalidade do art. 330 § 4º do Código Penal, sendo a multa em relação ao valor do objecto furtado; Art. 4º Revogam-se as disposições em contrario.” GUIMARÃES, Joaquim. Ação Pública e Privada. Vitória: Papelaria e Typ. de A. Moreira Dantas, 1898. p. 67.

⁴² Em outro livro o mesmo Joaquim Guimarães repete o procedimento.

⁴³ Cf SIQUEIRA, Galdino. Direito penal brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), /

As doutrinas analisadas evidenciam que a discussão sobre ação penal no Brasil se localizava entre a tradição de duas grandes potências da época, tidas como modelos e exemplos: a Itália e a França. Assim, a doutrina irá tentar estabelecer um lugar intermediário entre a tradição italiana, tida como baseada na ação privada, e a francesa, que estaria marcada pelo protagonismo da ação pública. Esse lugar intermediário, nesse momento, é a ação penal pública condicionada à representação, que irá conjugar a participação do ente público com a parte ofendida. Entretanto, esse mesmo movimento marca também o início de uma publicização da ação penal no Brasil, que durante o século XX fará da ação penal pública a regra geral, afastando-se do modelo italiano e aproximando-se do francês.

O Código de Processo Criminal do Império do Brasil (1832), em seu artigo 74, estabelecia que a ação penal se daria, por meio de denúncia que competia “ao Promotor Publico, e a qualquer do povo”,⁴⁴ apenas:

§ 1º Nos crimes, que não admittem fiança.

§ 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade.

§ 3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos Príncipes, ou Princezas da Imperial Familia, Regente, ou Regencia.

§ 4º Em todos os crimes publicos.

§ 5º Nos crimes de resistencia ás autoridades, e seus officiaes no exercicio de suas funcções.

§ 6º Nos crimes em que o delinquente fôr preso em flagrante, não havendo parte que o accuse.

A competência dupla, tanto ao Ministério Público quanto a qualquer um do povo, não removia o caráter público da ação, mas configura a ação penal pública popular. Pimenta Bueno define essas ações como

Galdino Siqueira; prefácio de Laurita Hilário Vaz. - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. 2, 2003. p. 736 e ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901. p. 135.

⁴⁴ BRASIL. Lei de 29 de Novembro de 1832: Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1832.

aquelas em que se concede “a qualquer do povo [o direito de] acusar perante os tribunais os réos de certos crimes que por sua natureza a lei entende que ofendem a todos e a cada um dos cidadãos”⁴⁵. Embora movida por um particular, essa ação não perdia seu caráter público, já que as ações públicas eram o modo de “exigir a aplicação de penas” quando é desrespeitado “um direito que se relaciona estreitamente com a soberania nacional, com o interesse geral”.⁴⁶

Nesse sentido, percebemos que para o período o caráter público da ação está deve ser determinado pelo conteúdo, ou o direito que foi ofendido, assim deveria ser pública a ação dos atos que ofendessem a toda a coletividade. Nesse sentido, a doutrina estabelece um diálogo com os debates parlamentares, já que na opinião dos legisladores, a prática de furto de animais se configura como atentado à ordem econômica nacional.

Em relação à ação privada, é importante ressaltar que ela possuía caráter residual, aplicando-se a todos os crimes que não se encaixassem nas previsões dos parágrafos do artigo 74. Essa prevalência da ação privada que se fazia forte no início dos anos 30 do século XIX parece perder espaço na segunda metade do mesmo século. Almeida Júnior justifica essa opção do código de 1832 devido ao pouco desenvolvimento do Estado e de sua capacidade penal, já que possuía um Ministério Público pouco desenvolvido e um pequeno número de juizes penais⁴⁷. A perspectiva do autor parte de um momento no qual, com o advento da república, havia uma busca pela intensificação e expansão do Estado nacional, buscando ampliar o espaço de atuação do poder estatal.⁴⁸

Assim, durante o século XIX, principalmente em sua primeira metade, havia uma proximidade maior entre o modelo adotado no Brasil e o da península itálica. Essa similaridade se concentra na tradição

⁴⁵ BUENO, José Antônio Pimenta. Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diario. 1857. p. 57.

⁴⁶ BUENO, José Antônio Pimenta. Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diario. 1857. p. 57.

⁴⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901. p. 123.

⁴⁸ Sobre esse assunto cf: CARVALHO, José Murilo. A Construção da Ordem: a elite imperial. Teatro das Sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

italiana, que até meados do século XIX, antes da unificação, predominava a ação pública.⁴⁹ Diante dessa realidade processual é possível inferir que no Brasil ocorriam práticas parecidas com as que se davam na Itália em relação ao furto campestre, tipo penal italiano que se aproxima bastante do furto de animais aqui discutido.

Na realidade campestre italiana, as práticas de furto não eram incomuns, mas dispunham de práticas próprias não só na execução do crime, mas também na resolução do mesmo, que muitas vezes dispensavam e evitavam a participação do Estado. Assim, Luigi Lacchè⁵⁰ mostra que, durante o século XIX, havia um crescente conflito entre essas práticas não estatais e uma justiça que começa a se institucionalizar e a concentrar o poder de punir, desta forma existia uma “economia moral do furto que o Estado unitário começa a forçar porque avança objetivamente com a cultura da lei contra a cultura da ‘desobediência’ tolerada”.

Essa cultura da “*desobediência*” tolerada era uma prática muito comum nos delitos das áreas rurais, principalmente, nos casos de furto de animais. Existia por parte dos populares uma cultura de negociação e resolução de conflitos própria, que não envolviam a atuação do Estado. Tais práticas marcavam a realização de uma justiça externa à praticada pelo Estado, uma justiça marcada pela atuação do ofendido e do ofensor, mediada muitas vezes pela sociedade, uma justiça negociada.⁵¹

As similaridades entre as ações e até mesmo as discussões parlamentares nos permitem fazer uma analogia entre a realidade brasileira e a italiana, assim a proposta aqui apresentada defende que houve práticas de justiça privadas que eram amplamente disseminadas e impactaram na concentração do poder de punir.

Entretanto, a partir da segunda metade do século XIX essa situação parece mudar. Os doutrinadores brasileiros consultados que produziram

⁴⁹ POLA, Giuseppe Cesare. Controversie sulla azione penale - con lettera de G. P. Chironi. Imprenta: Torino, Bocca, 1904. p. 28 – 29.

⁵⁰ LACCHÈ, Luigi Mezzadro, mezzo ladro, metalmezzadro. Il furto campestre e l'antropologia storica. In: ADORNATO, Francesco & CEGNA, Annalisa (Org.) *Le Marche nella mezzadria: Un grande futuro dietro le spalle* Macerata: Quodlibet, 2013. p. 30.

⁵¹ Sobre essa questão cf.: SBRICCOLI, Mario. Justiça Criminal. Tradução de Ricardo Sontag. *Discursos Sediciosos*, n. 17/18, 2011. p. 459-486.

suas obras antes de 1860 parecem apoiar de maneira mais contundente a ação penal privada, já as obras após essa data possuem uma opinião mais favorável à ação penal pública. Exemplos dessa mudança de visão são João Mendes de Almeida Júnior e Galdino Siqueira, dois importantes juristas marcantes de uma nova geração, da segunda metade do século XIX e inícios do século XX.

Almeida Junior apoiava a ação pública principalmente por ela possuir um caráter oficial e combativo que garantiria a punição do criminoso, sem, contudo, configurar uma vingança pessoal, mas sim uma pena pela ofensa que seu ato gerou à sociedade. Assim, o autor entende que a sociedade se encontrava em um estado de desenvolvimento no qual “a pena não é uma vindicta, é um meio social de repressão; não é um interesse privado, é um interesse público. A tendência é toda para negar ao ofendido o pretendido direito de vingança”.⁵² Ele também dedica parte de seu livro para apresentar um histórico da ação penal no Brasil e até cita a ação penal pública condicionada à representação, mas, cuida apenas de descrever a existência dessas legislações, bem como as mudanças trazidas por elas, todavia, sem analisá-las ou discuti-las profundamente.

Outro autor que faz esse mesmo exercício é Galdino Siqueira, grande nome do direito penal brasileiro durante a primeira metade do século XX. O jurista apresenta no início de seu livro todas as legislações, dentre as quais constam algumas das que foram anteriormente discutidas, por exemplo, o decreto nº 121 de 1892 “que providenciou sobre a penalidade do furto de gado *vaccum, cavallar e muar*”⁵³ e a Lei nº 628 de 1899, que “ampliou a acção penal por denúncia do Ministerio Publico, comina a pena de prisão por tres meses a contravenção do art. 367 do código penal [...]”.⁵⁴ Novamente, como no texto de Almeida Junior, não

⁵² ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901. p. 139.

⁵³ SIQUEIRA, Galdino. Direito penal brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), / Galdino Siqueira; prefácio de Laurita Hilário Vaz. - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. 1. 2003. p. 14.

⁵⁴ SIQUEIRA, Galdino. Direito penal brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), /

há debate ou análise dos textos que alteravam a ação penal do furto, ou sobre qualquer outra dessas legislações esparsas citadas no início do texto.

Quanto à ação pública, ele apresenta um entendimento muito próximo daquele trazido por Almeida Junior, mostrando uma posição positiva sobre a atuação do Estado na ação penal. Essa posição era compartilhada por Siqueira, que interpretava a legislação legal de forma a concluir que a “denúncia pode ser oferecida pelo ministério público em todos os crimes e contravenções”. Ou seja, na opinião de Siqueira, o Ministério Público poderia atuar em qualquer ação penal, independente de sua modalidade.⁵⁵ Logo após afirmar isso, ele apresenta três exceções em que caberia apenas a queixa, quais sejam: o crime de dano que não se dá contra bem público; os crimes de violência carnal; e os crimes contra a propriedade literária e artística. Todas essas exceções foram criadas mediante leis especiais que, no caso do crime de dano, se deu pela já citada lei 628 de 1899, que se somavam às outras exceções trazidas pelo código penal de 1890.⁵⁶

Essa valorização da ação penal pública era uma das mais marcantes características do sistema francês da época. A analogia e a proximidade existente entre a França e o Brasil é clara na obra de Almeida Junior⁵⁷ que dedica parte de seu trabalho para analisar a legislação processual francesa, e ainda assevera ser esse modelo o mais eficaz e o que deveria e estava sendo adotado pelo Brasil. Como mostramos anteriormente, a legislação francesa era clara em conceder ao ministério público o poder

Galdino Siqueira; prefácio de Laurita Hilário Vaz. - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. 1. 2003. p. 14.

⁵⁵ SIQUEIRA, Galdino. Direito penal brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), / Galdino Siqueira; prefácio de Laurita Hilário Vaz. - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. 2. 2003. p. 933.

⁵⁶ Essas exceções estavam previstas no artigo 407, sendo elas: os crimes de furto e dano, não tendo havido prisão em flagrante; 2º, os crimes de violência carnal, rapto, adultério, parto supposto, calúnia e injúria, em que somente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do art. 274. § 3º Mediante procedimento ex-offício nos crimes inafiançáveis, quando não for apresentada a denúncia nos prazos da lei.

⁵⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901. p. 133.

de atuar em todas as situações, sendo muito limitada participação do particular no processo penal.

Desta forma, Faustin Helie, doutrinador francês da época, em seu livro deixa claro que “cabe ao ministério público o exercício da ação pública”.⁵⁸ É interessante perceber que, no caso francês, não havia a divisão que se dava no Brasil entre ação pública e privada, mas sim entre ação penal, sendo ela a pública e a ação civil, sendo a de reparação pelos danos causados ao ofendido. Essa era a organização básica do processo penal francês, que tinha como um de seus princípios mais fundamentais a independência da ação pública. Assim, a ação pública é desvinculada do particular e de seus interesses, que deverão ser defendidos por meio da ação civil, marcando o entendimento de que os interesses do particular, no caso penal, só se dão em relação à reparação do dano.⁵⁹

Diante disso, a conceituação das ações penais francesas é direta em estabelecer a atuação do Ministério Público de maneira independente, sendo ele, em regra, o responsável por perseguir e iniciar as ações penais. Nesse sentido, “a ação pública tem por base o interesse público, que tem seu exercício confiado apenas aos funcionários designados em lei, e tem como objeto único a aplicação das penas”, já “a ação civil, do seu lado, é movida pelo interesse privado; seu exercício não aparece quando acontece um crime, um delito ou uma contravenção, se não para que se proceda a reparação do dano, objeto final desta ação”.⁶⁰

Vemos, assim, que o caso francês se mostrava como um grande extremo, no qual o Estado concentrava em si todo o poder de punir, excluindo o particular do direito de atuar na ação penal. Essa era a regra geral. Entretanto, havia no direito francês uma ação em que a atuação do Ministério Público se subordinava ao interesse privado, essa subordinação buscava garantir a permanência e o respeito da família, da honra e a paz dos indivíduos frente a escândalos gerados pela intervenção do direito penal. Temos, então, a ação mais próxima de uma ação privada no direito

⁵⁸ HELIE, M. Faustin. *Traite de l'instruction criminelle, ou theorie du code d'instruction criminelle*. Imprenta: Bruxelles, Bruylant-christophe, 1863. p. 4.

⁵⁹ HELIE, M. Faustin. *Traite de l'instruction criminelle, ou theorie du code d'instruction criminelle*. Imprenta: Bruxelles, Bruylant-christophe, 1863. p. 54.

⁶⁰ MANGUIN. M. *Traite de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*. Imprenta: Paris, Larose, Libraire Editeur. 1876. p. 5.

francês da época, que era a ação pública condicionada à representação, que se aplicava aos crimes de ofensa contra a honra e a família.⁶¹ Nesse tipo de ação, o ofendido tinha de dar o seu aval para que o Estado pudesse iniciar a ação penal, entretanto o particular não gozava de qualquer direito de intervir e de participar da ação penal.

Diante do que foi aqui apresentado, percebemos que o movimento de construção do Estado republicano brasileiro também foi um movimento de concentração do poder de punir e de combate às práticas não institucionalizadas de justiça que se davam às margens do poder estatal. Esse processo aconteceu por meio de um constante diálogo entre o nacional e o internacional, principalmente a França, nação muito citada tanto pelos parlamentares, quanto pelos doutrinadores.

A publicização da ação penal no Brasil parece ter encontrado problemas frente a uma apropriação que os jurisdicionados faziam da legislação processual penal, que ao invés de combater as práticas de justiça não institucionalizadas serviam como mais uma ferramenta para tais usos. Assim, o que acompanhamos aqui foi um confronto no qual o Estado por meio da legislação penal buscava se impor como detentor do único poder de punir legítimo.

As medidas tomadas pelo Estado evidenciam, ainda, uma apropriação e adequação de instrumentos próprios do Direito de outras nações à realidade do país, que em muito se diferenciava da italiana e da francesa. Por meio das doutrinas pudemos perceber que o diálogo entre o direito brasileiro e o de outras nações foi o elemento principal para adoção de uma ferramenta jurídica que permitisse a garantia do monopólio do poder de punir por parte do Estado e respeitasse a privacidade dos cidadãos.

CONCLUSÕES

Todas as fontes deixam claro que há uma forte conexão entre a publicização da ação penal no Brasil e o combate às práticas não institucionalizadas de justiça, chamadas de negociações, tanto pelos

⁶¹ GARRAUD, Rene. *Traite theorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure penale*. Imprenta: Paris, Recueil Sirey, 1907. p. 295.

parlamentares, quanto pelos doutrinadores. Assim, fica evidente que no Brasil, foi necessário combater práticas de justiça não estatais de forma a garantir a efetivação e o funcionamento do aparato institucional de justiça. Era preciso garantir que se extirpassem as práticas de vingança entre as partes; era necessário que se concentrasse no Estado o direito e a força de punir, retirando das partes o poder e a possibilidade realizar formas de justiça não institucionalizadas.

No caso italiano, houve uma institucionalização da participação dos ofendidos no aparato judicial através da adoção de um sistema que privilegiava a ação penal privada. Entretanto, a tradição francesa buscou combater tais práticas por meio da ampliação do aparato estatal, dando ao Ministério Público o dever de atuar no combate de todos os crimes limitando e dificultando a atuação do ofendido nas questões de direito penal.

Os juristas e parlamentares brasileiros parecem ter se espelhado na tradição francesa e buscaram, por meio de uma legislação mais combativa, extirpar as práticas de negociações, a fim de manter a hegemonia da nascente justiça brasileira. Entretanto, as recorrentes mudanças na legislação e as falas dos próprios parlamentares evidenciam que tal proposta não logrou êxito e trouxe outra questão, o uso da justiça penal.

Assim, é possível levantar a hipótese, a ser aprofundada na continuação desta pesquisa, de que a publicização da ação penal relativa ao furto de gado não impediu a barganha entre as partes, que continuou existindo a despeito da atuação estatal, de forma que a justiça institucional passou a ser uma ferramenta das negociações, assim, os ofendidos poderiam se utilizar da mobilização do aparato institucional como forma de pressionar e chantagear os criminosos. Com isso, além de não resolver a questão da impunidade e das negociações, a ação contribuía para a realização de negociações e a máquina estatal acabava sendo mobilizada como parte dessas negociações.

Assim, o Brasil se mostrava à procurada de acompanhar a tradição moderna do direito penal, tradição essa que, durante toda a modernidade buscou “monopolizar totalmente os campos dos conflitos graves”⁶², assim como reduzir “enormemente os espaços de acordo em matéria

⁶² ALESSI, Giorgia. *Processo penale: profilo storico*. Roma-Bari: Laterza, 2011. p. 174.

penal, [debilitando] o papel da mediação social na solução dos conflitos, impondo a ideia de que não existe justiça sem a punição do culpado”.⁶³ A ação penal pública condicionada à representação se apresenta como uma tentativa de aplicar as teorias penais da modernidade em terras brasileiras, efetivando e fortalecendo a atuação da justiça institucional sobre quaisquer outras formas de justiça.

Entretanto, apesar de poder ser incluída nesse modelo comum à modernidade, a justiça penal brasileira esbarrou em problemas e práticas próprias de sua realidade econômica e social, que impossibilitava o combate às práticas de negociações de maneira direta. Provavelmente a grande extensão territorial e a falta de uma capilaridade do aparato de justiça que se formava tornava impossível a substituição dessas práticas de negociações por uma atuação do aparato institucional.

A observação a partir de uma inserção internacional do objeto revelou que a saída brasileira para lidar com o problema das negociações foi adotar um instituto penal que permitisse a inserção das negociações dentro do aparato jurídico, de forma a serem tuteladas ou resguardadas pela autoridade estatal, e, com isso, temos o nascimento da ação penal pública condicionada à representação.

Essa nova modalidade de ação penal surgia como uma forma de controlar a atuação das partes, tendo em vista a dificuldade de impedi-la. A função da ação penal pública condicionada à representação era a de evitar uma apropriação da justiça, muito relacionada às formas que Dinges⁶⁴ observou na primeira metade da idade moderna na Europa, qual seja, a ressignificação do aparato institucional que buscava suprimir as negociações, de forma a torna-lo parte das próprias barganhas, tendo resultado contrário ao esperado: ao invés de impedirem as negociações, esse aparato acabou servindo como forma de obter melhores negociações.

Nesse sentido, o surgimento da ação penal pública condicionada à representação no Brasil é indissociável do combate às negociações.

⁶³ ALESSI, Giorgia. *Processo penale: profilo storico*. Roma-Bari: Laterza, 201. p. 174.

⁶⁴ DINGES, M. *Usi della giustizia come elemento di controllo sociale nella prima età moderna*. BELLABARBA, M; SCHWERHOFF, A; ZORZI (Org) *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*. Bologna/Duncker & Humblot. 2001. p. 285-324.

Ela se mostra como uma saída criativa, não só para as práticas de negociações, mas para outra problemática que nasce junto com formação de um aparato institucional de justiça que são os usos e apropriações que a população faz dele.

Assim, a adoção de uma ação penal condicionada à representação se baseou no modelo de ação penal condicionada francês, mas se diferenciou bastante dele. No caso brasileiro, nós não seguimos o exemplo francês de buscar suprimir as práticas de justiça não institucionais por meio da ampliação da força e da presença do aparato estatal. Nossa opção foi adotar um sistema mais conciliatório que garantisse a aplicação da punição estatal ao mesmo tempo em que inseria no meio institucional a participação do ofendido. Nesse sentido, a ação penal pública condicionada no Brasil era mais permissiva garantindo um maior espaço de atuação para os ofendidos.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Giorgia. *Processo penale: profilo storico*. Roma-Bari: Laterza, 2011.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901.
- BRASIL. *Anais da Câmara de Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1850 Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp> Consultado em 20/08/2018
- BRASIL. *Anais da Câmara de Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1852 Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp> Consultado em 20/08/2018
- BRASIL. *Anais da Câmara de Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1855 Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp> Consultado em 20/08/2018
- BRASIL. *Anais da Câmara de Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1879 Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp> Consultado em 20/08/2018
- BRASIL. *Anais da Câmara de Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1882 Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp> Consultado em 20/08/2018

BRASIL. *Anais da Câmara de Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1883 Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp> Consultado em 20/08/2018

BRASIL. *Anais da Câmara de Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1898 Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp> Consultado em 20/08/2018

BRASIL. *Anais da Câmara de Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1899 Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp> Consultado em 20/08/2018

BRASIL. *Anais da Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, v. 1, 1859. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio_digit

alizados.asp> Consultado em 20/08/2018.

BRASIL. *Anais da Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, v. 2, 1882 Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio_digit alizados.asp> Consultado em 20/08/2018.

BRASIL. *Anais da Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, v. 1, 1883 Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio_digit alizados.asp> Consultado em 20/08/2018.

BRASIL. *Anais da Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, v. 1, 1892 Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/RP_AnaisRepublica_digitalizados.asp> Consultado em 20/08/2018.

BRASIL. *Anais da Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, v. 2, 1892 Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/RP_AnaisRepublica_digitalizados.asp>

BRAZ, Florentino. *Código de Primeira Instância do Império do Brasil*. Recife: Typografia Universal, 1859.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro* Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857.

CARVALHO, José Murilo. *A Construção da Ordem: a elite imperial. Teatro das Sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

DINGES, M. Usi della giustizia come elemento di controllo sociale nella prima età moderna. BELLABARBA, M; SCHWERHOFF, A; ZORZI (Org) *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*. Bologna/Duncker & Humblot, 2001. p. 285-324.

ESMEIN, A. *Histoire de la Procédure Criminele em France*. Paris: L Larose et Forcel Éditeurs, 1882.

FILGUERIAS JUNIOR, Araújo. *Código do Processo do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Casa Editorial Laemmert, 1874.

FRAGOSO, Joao Luis Ribeiro, *Homens de Grossa Aventura: acumulacao e hierarquia na praca mercantil do Rio de Janeiro (1790-1830)*, Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1998.

GARRAUD, Rene. *Traite theorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure penale*. Imprenta: Paris, Recueil Sirey, 1907.

GUIMARÃES, Joaquim. *Ação Pública e Privada*. Vitória: Papelaria e Typ. de A. Moreira Dantas, 1898.

HELIE, M. Faustin . *Traite de l'instruction criminelle, ou theorie du code d'instruction criminelle*. Imprenta: Bruxelles, Bruylant-christophe, 1863.

IGLÉSIAS, Francisco. *Politica economica do governo provincial mineiro (1835-1889)*. Rio de Janeiro: 1958.

LACCHÈ, Luigi Mezzadro, mezzo ladro, metalmezzadro. Il furto campestre e l'antropologia storica. In: ADORNATO, Francesco & CEGNA, Annalisa (Org.) *Le Marche nella mezzadria: Un grande futuro dietro le spalle*. Macerata: Quodlibet, 2013.

LIMA, Roberto Kant. Tradição inquisitorial no Brasil da colônia ao atual: da devesa ao inquérito policial. *Religião e Sociedade*. n.16 v.1/2 (94:113) 1992.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Carlos. (Org.). *Fundamentos da História do Direito*- 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 351-379.

MANGUIN. M. *Traite de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*. Imprenta: Paris, Larose, Libraire Editeur. 1876.

POLA, Giuseppe Cesare. *Controversie sulla azione penale - con lettera de G. P. Chironi*. Imprenta: Torino, Bocca, 1904. p. 28 – 29.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. Comparative contexts in legal history. Are we all comparatists now? *Seqüência*, Florianópolis, n. 70, jun. 2015.

PINTO, Luiz Maria da Silva, *Diccionario da lingua brasileira*. Typographia de Silva. Ouro Preto, 1832.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram*

ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), / Galdino Siqueira; prefácio de Laurita Hilário Vaz. - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SBRICCOLI, Mario. Il furto campestre nell'Italia mezzadrile. *Storia del Diritto Penale e Della Giustizia: Scritti editi e inediti (1972 – 2007)*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

TEIXEIRA, Arley Fernandes. O perdão do ofendido no direito penal brasileiro do século XIX: negociação no século da justiça pública? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 299–338, 2019. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.213>

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Este artigo é resultado de uma pesquisa, sob a orientação do prof. Ricardo Sontag, que foi financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais – FAPEMIG (março de 2017 a março de 2018) e faz parte do projeto, também financiado pela FAPEMIG, intitulado “História do direito penal brasileiro em perspectiva comparada”, edital Demanda Universal n. 1/2017.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor 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): o autor 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 autoplagio.

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 30/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/01/2019
- Avaliação 1: 09/01/2019
- Avaliação 2: 16/01/2019
- Deslocamento ao V5N2 e aviso ao autor: 27/02/2019
- Decisão editorial preliminar: 26/03/2019
- Retorno rodada de correções: 16/04/2019
- Decisão editorial final: 22/04/2019

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GARRO, Lucas R. Furto de gado, ação penal e justiça não estatal: sobre o Nascimento da Ação Penal Pública Condicionada à Representação no Brasil (1860-1899). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 1107-1142, mai./ago. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i2.214>



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