



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS

O DIREITO PROCESSUAL PENAL E

A COOPERAÇÃO GLOBAL

Dissertação apresentada para obtenção do
grau de Mestre em Direito na especialidade
de Ciências Jurídico-Processuais.

Mestrando: Lic. Sebastião Rosa de Oliveira

Orientador: Juiz Desembargador Carlos de Campos Lobo

Lisboa

Outubro, 2016

DEDICATÓRIA

A, meus pais, Mateus Correia de Oliveira e Felismina Pereira Bravo da Rosa a quem devo a minha existência, a eles dedico honra.

A Adão Pereira Bravo, que a sua alma descanse em paz e a Terra lhe seja leve, e a José Pedro Kiúma, principais impulsionadores deste processo, que desde os primórdios, nas matas da Região Militar Leste, torceram e se empenharam de forma pessoal e inequívoca, para que hoje ousasse falar e conhecer o Direito como Ciência da Indagação, a eles dedico esta obra e o reconhecimento de coroação puro e espírito de solidariedade e irmandade sincera.

AGRADECIMENTOS

A Deus Pai Criador Todo Poderoso, em nome do Messias Nosso Salvador, rogo receba a gratidão deste ser humano, que em todos os momentos, n'Ele encontrou a fé, força, coragem, insistência e persistência, necessárias para cumprir e concluir esta tarefa.

Um agradecimento muito especial, à minha querida esposa, Binta Sherif pela paciência e apoio incondicional em todas as horas.

Uma palavra de elevada consideração, estima e gratidão ao meu orientador, Meritíssimo Juiz Desembargador Carlos de Campos Lobo, que de imediato aceitou orientar-me, ensinando-me as linhas mestras para a concretização do preconizado.

Como a minha consciência impõe, aqui deixo expressa a minha elevada consideração à Dr^a Cecília Dias, pessoa de coração nobre, que desde o primeiro momento da minha peregrinação em terra de Camões, prontamente estendeu as suas mãos, apoiando, aconselhando e incentivando, para ela desejo “Longa Vida Mami”.

Deixo igualmente, uma palavra de apreço e agradecimento, a Sua Excelência General do Exército, Geraldo Sachipengo Nunda, Chefe do Estado Maior General das Forças Armadas Angolanas, pela forma como tem conduzido os programas de reedificação e modernização, no âmbito da formação de Quadros das F.A.A., elevando os níveis de capacitação e conhecimento dos efectivos, tendo em conta a dinâmica de globalização que se impõe.

Cabe-me, ainda, o dever de agradecer delicadamente às individualidades, General Mártires Correia Victor, General Rosário dos Mártires Cornélio Correia Victor, “Ngonguito”, General Joaquim Miguel Martinho, General António Gonçalves Leitão Ribeiro, Coronel Valoy, General Simão Carlitos Wala, Tenente Coronel Feliciano do Amaral “Gajito”, Dr. Diamantino Augusto dos Santos, Dr. Mateus Adão Zamba, Dr. João Vemba Coca, Óscar José António Fragoso, Lubanzadio Lukoki da Silva Moura, Antónia João Dembo, Zilda Teresa Vieira de

Oliveira, a todos os Colegas, às Tropas da Região Militar Leste, e por fim a todas as pessoas, que, direta ou indirectamente, estiveram sempre a meu lado, torcendo, contribuindo e colaborando concretamente para o sucesso do meu futuro.

Por fim, e não menos importante, o meu agradecimento e apreço a todos os meus professores, nomeadamente, de Angola, Cuba e Portugal, pelos inúmeros ensinamentos, que ao longo do meu percurso académico, muito contribuíram para a ascensão na minha carreira académica e profissional.

A todos, o meu obrigado do fundo do coração!

“O Direito transnacional é decorrência de uma função instrumental de proteção de bens comuns definidos pela própria cooperação entre os países, pela gestão dos interesses comuns e pelas questões de segurança jurídica que tais interesses suscitam”

Fernanda Palma¹

¹ FERNANDA PALMA. - Internacionalização do Direito Penal. INCM, Lisboa, 2015, p. 25

RESUMO

A globalização e a sequente globalização da criminalidade, aliada ao terrorismo internacional levantam novos desafios à aplicação extraterritorial do direito penal, através do processo. Ao estabelecimento de relações internacionais na área do processo penal chama-se cooperação judiciária internacional em matéria penal.

Ora, é sobre a articulação entre estes novos problemas, a globalização da criminalidade e o terrorismo e a cooperação judiciária internacional em matéria penal que versa este trabalho procurando descortinar os avanços que estão a ser realizados na matéria e os perigos que levantam.

Palavras-chave: Cooperação Internacional Penal – Terrorismo - Mandado de Detenção Europeu – Extradução - Crime Organizado.

ABSTRACT

Globalization and the sequent globalization of crime, linked to international terrorism pose new challenges to the extraterritorial application of the criminal law through the process. The establishment of international relations in the area of criminal procedure is called international judicial cooperation in criminal matters.

It is about the relationship between these new problems, the globalization of crime and terrorism and international judicial cooperation in criminal matters that this work verses, disclosing the advances that are being made in this area and the dangers they pose.

KeyWords: *Criminal International Cooperation – Terrorism - Organized Crime - European Arrest Warrant – Extradiction.*

LISTA DE ABREVIATURAS

MDE - Mandado de Detenção Europeu

DEI - Decisão Europeia de Investigação

EU - União Europeia

EUA - Estados Unidos da América

CPLP - Comunidade de Países de Língua Portuguesa

FBI - Federal Bureau of Investigation

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

MP - Ministério Público

ÍNDICE

DEDICATÓRIA.....	2
AGRADECIMENTOS.....	3
RESUMO	6
ABSTRACT	7
LISTA DE ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - O DIREITO PENAL. O PARADIGMA CORRENTE	15
1. DIREITO PENAL NO MUNDO GLOBALIZADO	15
1.1 - A globalização e o crime.....	24
1.2. O paradigma espacial tradicional do Direito Penal: territorialidade e universalidade	27
CAPÍTULO II - O DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS NUMA PERSPETIVA INTERNACIONAL	30
1. BREVE CONSPECTO SOBRE O DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS.....	30
2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NA ÓTICA GLOBAL	45
2.1. A lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal	47
2.2. Auxílio judiciário mútuo em matéria penal	52
2.3. Jurisprudência e doutrina sobre cooperação judiciária internacional	54

CAPÍTULO III - COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL.....	60
1. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: UNIÃO EUROPEIA E QUADRO EUROPEU	60
1.1. Mandado de detenção europeu	62
1.2. Cooperação na União Europeia na investigação criminal.....	66
2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DO JULGAMENTO JUSTO	68
3. COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA UNIVERSAL: O CASO NORTE-AMERICANO	78
4. COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NA CPLP.....	84
5 - ORGANIZAÇÕES DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL: EUROJUST, EUROPOL E INTERPOL	90
6 - O DIREITO PENAL DO INIMIGO. UMA SOLUÇÃO ARROJADA?	93
CONCLUSÃO	99
BIBLIOGRAFIA.....	104
FONTES DOCUMENTAIS	109
JURISPRUDÊNCIA	109

INTRODUÇÃO

Há um paradigma tradicional do processo penal, que corresponde ao Estado soberano e se foi desenvolvendo paulatinamente após o século XVII. Segundo, esse paradigma, a aplicação de penas é tarefa de cada uma das máquinas judiciárias que os Estados possuem dentro do seu território.

O sistema processual penal era um sistema essencialmente fechado, que em poucas circunstâncias estabelecia relações internacionais, que se traduziam habitualmente no mecanismo da extradição. Sobre a extradição nos tempos modernos, talvez seja bom, começar por referir as notas de Grócio sobre o assunto, quando afirmava, que na base da regra *aut dedere aut punire* existirá uma obrigação natural relativamente a cada Estado, que ou pune o criminoso ou entrega-o para o para que seja punido². Também Beccaria, refletia sobre o tema numa perspetiva assente na posição territorial e nacional da aplicação de justiça³.

Teríamos assim um paradigma básico de estruturação do direito processual penal de acordo com uma abordagem soberanista e nacional⁴.

Contudo, os desenvolvimentos internacionais, sobretudo a maior integração regional e mundial dos países, a chamada globalização, que é aqui entendida como o aumento das inter-relações entre os países, está a impor uma mudança no quadro de análise da criminalidade, implicando, que a criminalidade na comunidade e a nível nacional seja analisada num contexto global. A globalização implica que o que está a

² LUÍS MOTA CARMO. - *O ne bis in idem* como fundamento de recusa do cumprimento do mandado de detenção europeu, Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, p. 35, disponível em linha em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3429/1/ulfd_111778_tese.pdf, (acedido a 22-04-2016).

³ Escreve CESARE BECCARIA, “Restam-me ainda duas questões para examinar: — (...) uma é se o asilo é justo e se a convenção que obriga as nações a entregarem reciprocamente os réus é útil ou não. Dentro das fronteiras de um país não deve existir lugar algum ao abrigo das leis. A força delas deve seguir cada cidadão, tal como a sombra segue o seu corpo. A impunidade e o asilo só diferem no mais e no menos, (...), o asilo convida aos delitos (...). Mas, se é útil às nações trocarem entre si os réus, é uma questão que não ousarei decidir, (...), Dos Delitos e das Penas, 3.^a ed.. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009, p. 144.

⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, ainda define o processo penal como sendo regido pelo princípio da territorialidade “segundo o qual os limites da jurisdição criminal coincidem com os limites do território nacional”, in Curso de Processo Penal, I. Verbo, Lisboa, 2000, p. 109.

acontecer em cada país está cada vez mais relacionado com o que acontece noutros locais⁵.

Assim, o panorama processual penal, agravado também pelos acontecimentos terroristas, que têm uma base multinacional evoluiu. Como escreve, Jonathan White⁶, o terrorismo é a nova forma de conflito internacional. Os terroristas não são como os outros inimigos que enfrentamos.

O problema com que nos debateremos será, dentro do paradigma processual moderno, quais as formas de evolução na cooperação internacional em matéria de crime de que podem ser vislumbradas para corresponderem aos desafios presentes: criminalidade global e terrorismo. Estas questões, a globalização e a sequente globalização da criminalidade, aliada ao terrorismo internacional que se coloca como uma verdadeira guerra mundial diferente, levantam, naturalmente, novos desafios à aplicação extraterritorial do direito penal, através do processo.

Ao estabelecimento de relações internacionais na área do processo penal chama-se habitualmente cooperação judiciária internacional em matéria penal⁷.

⁵ Sobre a globalização e os seus efeitos ver, ANTHONY GIDDENS. *Sociology*. 7.^a ed.. Polity, Londres, Ch. 4.

⁶ JONATHAN WHITE. - *Terrorism and Homeland Security*. 7.^a ed.. Wadsworth, Belmont, USA, 2012, p. 591. *"Terrorism is the new form of international conflict. It is a war with consequences no different from those of World War II. Terrorism will dominate our future. The problem is growing, and more terrorists are being radicalized in the homeland. A WMD attack is very likely, but everything must be done to try to prevent it. Massive security efforts are necessary, and we must limit some of our historic freedoms in the name of security. Terrorists are not like the other enemies we have faced. Therefore, they can be held without warrant, sent to countries that openly torture political prisoners, and harshly questioned when in the custody of the United States. It is time, the supporters argue, to take off the gloves"*.

⁷ Cfr. a Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto que no seu artigo 1.º, dispõe:

Ora, é a articulação entre estes novos problemas, a globalização da criminalidade e o terrorismo e a cooperação judiciária internacional em matéria penal, que versa este trabalho procurando descortinar os avanços que estão a ser realizados na matéria (ou não) e os perigos que levantam.

Para cumprirmos estes objetivos, começaremos por fazer um enquadramento sobre a globalização e os desafios que esta coloca em termos de criminalidade e terrorismo. Depois, seguiremos para uma descrição do atual processo penal português, após o que referiremos as formas de cooperação judicial existentes em Portugal, na União Europeia, nos Estados Unidos e no âmbito da CPLP. Estudaremos também aquilo que vislumbramos como alternativa ou complemento ao reforço da cooperação judiciária internacional, que é o estabelecimento de um direito penal do inimigo.

Por fim, tiraremos conclusões sobre estes variados mecanismos e a sua relação simultânea com a eficiência do combate à criminalidade e os direitos fundamentais do cidadão.

Nesta investigação e na redação da dissertação de mestrado socorremo-nos de uma metodologia variada, e que assentou em vários métodos:

- Método dedutivo, que resulta da realização de um processo de raciocínios interligados, do mais simples para o mais complexo e do geral para o particular até atingir a conclusão.

“1 - O presente diploma aplica-se às seguintes formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal:

- a) Extradicação;
- b) Transmissão de processos penais;
- c) Execução de sentenças penais;
- d) Transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade;
- e) Vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente;
- f) Auxílio judiciário mútuo em matéria penal.

2 - O disposto no número anterior aplica-se, com as devidas adaptações, à cooperação de Portugal com as entidades judiciárias internacionais estabelecidas no âmbito de tratados ou convenções que vinculem o Estado Português.

3 - O presente diploma é subsidiariamente aplicável à cooperação em matéria de infrações de natureza penal, na fase em que tramitem perante autoridades administrativas, bem como de infrações que constituam ilícito de mera ordenação social, cujos processos admitam recurso judicial”.

- Método histórico, que tem em conta o enquadramento adequado de cada uma das situações em termos de tempo cronológico.
- Método funcionalista e comparativo, que permitem verificar a localização e estrutura dos factos, a sua ligação às normas, bem como uma abordagem sincrónica das normas.

Na investigação para elaboração da dissertação, foi adotada, como técnica de recolha e análise da informação, a pesquisa bibliográfica e documental. Atentamos especialmente à consulta bibliográfica — nacional e estrangeira — assim como à jurisprudência relevante.

CAPÍTULO I - O DIREITO PENAL. O PARADIGMA CORRENTE

1. DIREITO PENAL NO MUNDO GLOBALIZADO

A natureza social do direito, a criação e desenvolvimento da União Europeia, a globalização e a globalização do crime, são factores, que determinam especial atenção à cooperação judiciária global, como se verá de seguida. A exposição clássica tradicional acerca do conceito de Direito coloca a ênfase na natureza social do Direito, utilizando amiúde a brocardo latino “*ubi ius ibi societas*”. Como escreve Oliveira Ascensão o Direito é “um fenómeno social: há uma ligação necessária e constante entre Direito e sociedade”⁸. Existindo essa ligação fundamental, torna-se evidente que o Direito espelhará a sociedade que pretende ordenar, seja para a refletir, seja para a transformar, mas terá sempre uma relação íntima com a sociedade.

O Direito é um aspeto comum embora distinto da vida quotidiana nas sociedades modernas. Nessa medida, os seus elementos centrais reflectem-no enquanto instituição social e como uma característica da cultura popular. Como refere Jean Carbonnier, “Todos os fenómenos jurídicos podem ser considerados como fenómenos sociais, dado que mesmo um sentimento solitário do direito implica uma latência da sociedade, não se podendo conceber um direito robinsoniano”⁹.

A natureza do Direito, resulta de o encarar como um sistema social central em que se cria uma relação entre a lógica interna dos instrumentos legais e os processos económicos, políticos e sociais. O Direito acaba por ser um recurso prático, um mecanismo para lidar com as mais amplas gamas de questões sociais, problemas e conflitos; sendo ao mesmo tempo, um conjunto de representações e aspirações partilhadas.

⁸ JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO. - O Direito, Introdução e Teoria Geral, 13.^a edição. Almedina, Coimbra, 2005, p. 23.

⁹ JEAN CARBONNIER. - Sociologia Jurídica. Almedina, Coimbra, 1979, p. 178.

Tem especial relevo para enquadrar modernamente a questão da ligação entre sociedade e Direito, considerar a teoria avançada por Niklas Luhmann. Luhmann¹⁰, que argumenta, que o pensamento atual sobre como a lei opera dentro de uma sociedade moderna é seriamente deficiente. Nesses termos propõe novas ferramentas teóricas e metodológicas que podem facilitar a nossa compreensão da sociedade contemporânea e, em especial, a identidade, o desempenho e a função do sistema jurídico numa sociedade.

Na teoria dos sistemas, a sociedade resulta da comunicação: esta é a sua realidade empírica; os itens que podem ser observados e estudados. A teoria de sistemas de comunicações identifica como operar dentro de um mundo físico e como os diferentes subsistemas de comunicação funcionam lado a lado.

Luhmann, usa a teoria de sistemas para abordar uma questão central para a teoria jurídica. O que diferencia o direito de outras práticas sociais? Ao contrário de teoria do direito convencional ele visa fornecer uma resposta em termos de uma teoria social geral: uma metodologia que responda à pergunta de uma forma aplicável não só à lei, mas também para todos os outros sistemas complexos e altamente diferenciadas no seio da sociedade moderna, tais como a política, a economia, a religião, a comunicação e educação.

Inovando, Luhmann parte do pressuposto tradicional ao afirmar “Toda a convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito”¹¹, reafirmando, que sem o direito “nenhuma esfera de vida encontra um ordenamento social duradouro”¹².

Em resumo, segundo Luhmann, o Direito constitui um sistema, e um sistema caracteriza-se pelas suas formas de comunicação. Logo, para funcionar adequadamente, o sistema tem que ter canais de comunicação eficientes. Concretizando, no sistema global a comunicação tem que ser global.

Dizendo de outro modo, a globalização da sociedade impõe um esforço renovado à cooperação judiciária global, a forma de comunicação entre os Estados

¹⁰ NIKLAS LUHMANN. - Sociologia do Direito, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983.

¹¹ NIKLAS LUHMANN. - Sociologia...p.7.

¹² NIKLAS LUHMANN. - idem.

globalizados, sem o que estes ficarão fechados e não acompanharão o desenvolvimento sistémico.

Justifica-se esta nota inicial a propósito do presente tempo social e do objeto deste trabalho. Este é o tempo da globalização¹³. A globalização é um processo de interação e integração entre as pessoas, empresas e governos de diferentes nações, um processo impulsionado pelo comércio e do investimento internacional e auxiliada pela tecnologia da informação. Este processo tem efeitos sobre o meio ambiente, a cultura, os sistemas políticos, sobre o desenvolvimento económico e a prosperidade, e no bem-estar humano nas sociedades ao redor do mundo¹⁴.

Contudo, refira-se, que a globalização não é nova. Durante milhares de anos, as pessoas e, mais tarde, as empresas foram realizando transações em terras a grandes distâncias, como através da famosa Rota da Seda que percorria toda a Ásia Central ligando a China e a Europa durante a Idade Média. Da mesma forma, ao longo dos séculos, as pessoas e empresas têm investido noutros países. Na verdade, muitas das características da atual onda de globalização são semelhantes aos existentes antes da eclosão da Primeira Guerra Mundial em 1914.

Mas, a política e os desenvolvimentos tecnológicos das últimas décadas têm estimulado o aumento no comércio transfronteiriço, no investimento, na migração de forma tão significativa que muitos autores acreditam que o mundo entrou numa fase qualitativamente nova no seu desenvolvimento económico¹⁵.

Desde 1950, por exemplo, o volume do comércio mundial aumentou 20 vezes, e de 1997 a 1999 e os fluxos de investimento estrangeiro quase duplicaram. Esta atual onda de globalização tem sido impulsionada por políticas que abriram as economias nacionais e internacionais. Nos anos desde a Segunda Guerra Mundial, (1939-1945) e especialmente durante as duas últimas décadas, muitos governos adotaram sistemas económicos de mercado-livre, aumentando tremendamente o seu próprio potencial produtivo e criando novas oportunidades de comércio e investimento internacional. Os governos também negociaram reduções drásticas nas barreiras ao comércio e estabeleceram acordos internacionais para promover o

¹³ ANTHONY GIDDENS. - *Sociology*, 7th Ed. Polity, Londres, 2013, p. 108 e ss.

¹⁴ ANTHONY GIDDENS. - *Sociology*... p. 127-128.

¹⁵ MARTIN WOLF. - *Why Globalization Works*, Yale University Press, New Haven, 2004, p. 3

comércio de bens, serviços e investimento. Aproveitando-se de novas oportunidades em mercados estrangeiros, as empresas construíram fábricas estrangeiras e arranjos produtivos com parceiros estrangeiros. Uma característica definidora da globalização, portanto, é uma estrutura de negócios industrial e financeira internacional¹⁶.

A tecnologia tem sido o outro principal motor da globalização. Os avanços na tecnologia da informação, em particular, têm transformado radicalmente a vida económica e social. As tecnologias da informação têm produzido todos os tipos de atores-consumidores individuais económicos.

A globalização é profundamente controversa, no entanto. Os defensores da globalização argumentam que ela permite que os países pobres e os seus cidadãos se desenvolvam economicamente e elevem os seus padrões de vida, enquanto os adversários da globalização afirmam que a criação de um mercado internacional livre irrestrito beneficiou empresas multinacionais no mundo ocidental em detrimento das empresas locais, culturas locais e pessoas comuns¹⁷.

A globalização levanta questões muito relevantes em relação ao Direito, sobretudo concebido como ligado ao poder soberano do Estado. Esta doutrina vem desde Jean Bodin, que formulou modernamente o conceito de soberania em termos jurídicos¹⁸. O aspeto principal da soberania seria, segundo Bodin, legislar sobre os súbditos sem o consentimento destes últimos. A soberania deveria ser independente (ou absoluta) em dois sentidos, a independência dos poderes internos e independência dos poderes externos. O poder soberano exercia-se dentro do país sem constrangimentos domésticos. Aquele que exercia o poder não estava submetido a qualquer necessidade de obedecer ou considerar o papel ou posição dos seus súbditos ou grupos de interesse. Também não estava sujeito a qualquer interferência externa¹⁹ de outros Estados ou potências.

O Direito moderno surge assim de uma ideia racional e lógica: há um Estado com poder soberano que determina as condutas da sua população sem qualquer

¹⁶ MARTIN WOLF. - Why... p. 13

¹⁷ MARTIN WOLF. - Why... p. 4

¹⁸ Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS, Teoria Geral do Estado, 3.^a ed., F. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 75,

¹⁹ REINHOLD ZIPPELIUS, loc. cit.

interferência interna ou externa. O mundo é constituído por vários Estados soberanos, tudo se articulando numa lógica formal clara.

A este sistema de direito poder-se-á chamar o paradigma jurídico tradicional. Este paradigma fundamental tradicional pode-se descrever como Kelsen o fazia, abstraindo-nos da base essencial do que incorporaria a Grundnorm, apenas utilizando os seus conceitos básicos, que são ilustrativos de uma realidade aceite.

Segundo Kelsen²⁰, tal ligava-se diretamente ao problema da validade da norma. Uma norma ou era válida ou não era válida. Para isso, teríamos que inquirir o que tornaria uma norma válida. A validade da norma dependeria da sua recondução a uma norma fundamental, básica, aquilo a que chama “Grundnorm”²¹. A Constituição de um Estado seria a norma fundamental desse Estado e origem de todas as outras normas. Este desenho era claro e de um modo geral orientou a reflexão constitucional durante várias décadas. Este paradigma jurídico kelseniano, em que uma Constituição é fundamento e valor da ordem jurídica, encontra-se com o paradigma do Estado que remonta à paz de Vestefália em 1648. É nesta altura que fica patente a igualdade formal dos Estados no plano internacional, e extinta a influência de estruturas supraestaduais, quer espirituais, quer temporais. Os Estados exercem a sua soberania por si próprios quer interna, quer externamente. Nesta altura é assumido que cada Estado comanda a sua própria existência²², sem interferências externas.

É, já no século XX, que vários fenómenos convergentes rompem com este paradigma tradicional. Um fenómeno é o da chamada globalização. Outro semelhante, mas a um nível europeu é o da criação da União Europeia. Ambos os fenómenos pedem uma visão diferente do Direito em termos de espaço e poder soberano, impondo aquilo a que se designa como Cooperação Judiciária Internacional.

Olhemos agora para a criação da União Europeia, que corre em paralelo com a globalização.

²⁰ H.KELSEN. - General Theory of Law and State, p. 110.

²¹ KELSEN, op. cit. p. 111.

²² JORGE BACELAR GOUVEIA. - Manual de Direito Internacional Público, p. 103

A criação da Comunidade Económica Europeia (1958), que mais tarde se transformou na União Europeia, não lidou numa primeira fase com qualquer aspeto de natureza jurídica estruturante. Na sua fase inicial, acreditava-se, que a integração europeia era algo vocacionada para aspetos setoriais da economia, que seriam geridos por instituições supranacionais operando longe da influência política. Pontificava uma explicação chamada funcionalista²³, que acreditava que os mecanismos de decisão da então CEE deviam ser vistos como uma cooperação funcional entre Estados assente na gestão de tecnocratas com vista à prosperidade.

Note-se contudo que esta visão, na sua vertente neo-funcionalista, admitia, que o poder do Estado iria diminuindo à medida que mais setores técnicos fossem integrados e se chegaria a áreas políticas sensíveis. Mas, ao mesmo tempo surgiram teorias denominadas neo-realistas ou intergovernamentais que apresentavam os Estados como a entidade – chave da integração europeia e não qualquer instituição supranacional. Nesta perspetiva o Estado era o motor, agente e responsável pela integração. Existiu assim uma dicotomia entre funcionalismo e intergovernamentalismo na explicação da estrutura fundamental da União Europeia.

No entanto, a partir dos anos 1990, começou a querer-se ultrapassar essa dicotomia e entender-se a União Europeia como um sistema de governo multinível ou em rede²⁴. O debate deixou de se focar se eram os governos dos Estados-Membros ou as instituições europeias supranacionais, que moviam o processo de integração e o determinavam e passou-se a dar atenção à panóplia de atores e instituições envolvidas nos diferentes níveis de feitura de leis e de decisão política dentro da União Europeia.

Assim, passámos a ter um conceito amplo de instituições e um foco que se deslocou da perspetiva nacional, para uma perspetiva subnacional, supranacional e variada. A União Europeia constitui o primeiro e o mais desenvolvido exemplar de integração pluriestadual numa nova entidade supranacional, à qual os Estados-membros conferem poderes de soberania (poderes legislativos, judiciais e executivos) ao serviço de objectivos comuns. Trata-se de um fenómeno de “*multilevel government*” tipicamente “pós-vestfaliano”. O Estado deixa de ser a

²³ P. CRAIG & G. DE BÚRCA. EU Law, p. 2.

²⁴ Idem.p.3.

única entidade política dotada de poderes soberanos, passando a ser somente um dos níveis de um poder político repartido em vários estratos ou camadas sobrepostas mais ou menos articuladas entre si²⁵.

O constitucionalismo multinível foi desenvolvido neste contexto da União Europeia e será composto por alguns elementos fundamentais que representarão o ponto da evolução presente da União. Existe um conceito pós-nacional de integração, ou melhor dizendo pós-Vestefália.

O processo de construção da União Europeia será um processo, em última análise, conduzido pelos seus cidadãos, e atingir-se-á uma estreita relação entre as constituições dos Estados-Membros e da Constituição Europeia. O conceito de "constitucionalismo multinível", foi desenvolvido para explicar o funcionamento deste sistema, que é o resultado de um processo de estabelecimento progressivo de uma autoridade política supranacional baseada em constituições nacionais, todas agregadas e tendencialmente uniformizadas num sistema constitucional compósito. Cottier & Hertig²⁶, escrevem:

*"The basic thesis submitted here is that 21st century constitutionalism can no longer be limited to Constitutions with a capital C and thus to the Nation State. With governance expanding into international law, constitutionalism has to reach beyond the boundaries of the nation state in order to secure overall coherence of governance. In our view, constitutionalism needs to encompass different layers, entailing the idea of multi-layered governance, whether or not the different levels amount to having 'Capital C Constitutions' or not"*²⁷.

O constitucionalismo multinível confronta-se com várias questões, desde aspetos metodológicos de aplicação de normas diferentes para os diferentes agentes (legisladores, governos, tribunais), até aos aspetos das deliberações supranacionais, essenciais para a resolução de conflitos na União Europeia. Muitos destes problemas,

²⁵ Ibidem

²⁶ T. COTTIER & M. HERTIG. - The Prospects of 21st Century Constitutionalism, p. 299.

²⁷ "A tese básica apresentada aqui é que o constitucionalismo do século 21 já não pode ser limitado a Constituições, com um C maiúsculo e, portanto, ao Estado Nação. Com os governos expandindo-se na aplicação do direito internacional, o constitucionalismo tem de ir além das fronteiras do Estado-nação, a fim de garantir a coerência global da governação. Em nossa opinião, o constitucionalismo precisa englobar diferentes camadas, o que implica a ideia de governação multicamadas, ou não os diferentes níveis equivaleria a ter " Constituições com C maiúsculo 'ou não'".

resultam da interconstitucionalidade aberta, que Canotilho define como “as relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”²⁸.

A existência de uma rede de constituições de Estados soberanos e as turbulências produzidas na esfera de cada Estado pelas decisões nacionais são problemas defrontados pelos países membros da União Europeia

Esta abertura constitucional e submissão a um processo deliberativo supranacional, quer ao nível da União Europeia, quer ao nível global ainda não exatamente especificado acarreta algumas interrogações. Por um lado, surgem modelos de tipo federal ou claramente supraestadual, como os poderes diretos que são atribuídos às instituições da União numa série vasta de áreas, bem como os poderes efetivamente exercidos pelo Tribunal Europeu de Justiça. A par destes, existem zonas difusas, como a da cidadania europeia que é amplamente declarada e ligada ao conceito de constitucionalismo multinível (constituindo um dos pressupostos para a sua consecução) mas que sofre restrições como as previstas nas várias Diretivas comunitárias e confirmadas no acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2002-Processo C-413/99 Baumbast, R. c. Secretary of State for the Home Department.

O conceito de cidadania europeia, foi introduzido em 1992 e procurava dar uma dimensão política e cultural à União através da aproximação dos povos, mas no entanto, até hoje, não é exatamente claro o que significa. Esta cidadania, não é uma cidadania nova proveniente da pertença à União Europeia. Pelo contrário, é uma cidadania derivada e complementar que deriva sempre da cidadania de um Estado-Membro. No entanto, os nacionais de um Estado-Membro que estejam noutro Estado – Membro já não podem ser tratados como estrangeiros ou terceiros. Há a criação de uma figura híbrida com as consequentes inferências a nível jurisprudencial.

Voltando a Baumbast, este era um cidadão alemão a viver no Reino Unido, que já não gozava do estatuto de trabalhador queria ficar no Reino Unido enquanto cidadão da União Europeia. O alemão tinha meios de subsistência e um seguro de

²⁸ GOMES CANOTILHO. - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1245.

saúde, que contudo não lhe cobria tratamentos urgentes. Por esta última razão os britânicos não o queriam deixar permanecer no seu solo.

O acórdão Baumbast não esclarece todas as dúvidas, mas aponta caminhos. Por um lado, assume que as disposições sobre cidadania europeia não são meras proclamações, mas têm valor jurídico efetivo, por outro autoriza várias restrições na liberdade de circulação, talvez mais do que esse conceito poderia admitir. É aceite genericamente a ideia que um cidadão inativo da União Europeia só poderá residir num outro Estado-Membro após um período de três meses se tiver meios de subsistência e um seguro de doença. Há que garantir que a livre circulação não se torne uma sobrecarga "não razoável" para as finanças públicas de um Estado-Membro.

Assim, deve-se fazer um balanço de interesses entre liberdade e interesse financeiro do Estado, defendendo o Tribunal, que as restrições acima mencionadas (relativas à situação financeira e às coberturas de saúde), previstas nas Diretivas europeias, são admissíveis. Mas, ao mesmo tempo reconhece-se a qualquer cidadão inativo o direito de invocar diretamente o art.º 21.º do TFUE relativamente à liberdade de circulação, competindo ao tribunal a decisão concreta sopesando no caso específico os variados elementos. Isto é, a cidadania já constitui um direito essencial, contudo o seu exercício concreto está entregue a uma verificação judicial.

Os cidadãos europeus, pelo simples facto de serem cidadãos de um Estado-Membro, têm o direito fundamental a residir em qualquer país da união, mesmo que inativos do ponto de vista económico, podendo usufruir de prestações sociais não contributivas. No entanto, este direito está sujeito a restrições fixadas quer no direito originário quer no derivado, designadamente aquelas que implicam que os cidadãos tenham recursos suficientes e seguro de doença, para não se tronarem um encargo para o Estado de acolhimento. As restrições de cada Estado devem observar os princípios gerais da proporcionalidade.

Propendendo, afinal para uma diminuição da autonomia dos Estados e aumento da unidade de ação, o que torna premente a discussão sobre a legitimação democrática das decisões europeias.

O constitucionalismo multinível constitui uma resposta doutrinária ao emaranhamento de ordens jurídicas e alguma indefinição que este provoca no âmbito da União Europeia. O certo é que o sistema tradicional em que existia um poder constituinte que criava uma Constituição que era aplicada à comunidade política de onde emanava terminou. Nos nossos dias, o sistema de variados níveis europeus acabou por desligar a cidadania (pertença ao povo/à comunidade política) das Leis Fundamentais e só a efetiva ligação de cidadania e Leis Fundamentais da Europa poderá transpor os problemas de legitimidade que agora existem.

Naturalmente, que a globalização económica e social, bem como a europeização leva à globalização e europeização do crime²⁹ e perante estes desafios surge com especial importância a cooperação judiciária internacional.

Este é o ponto essencial desta nota introdutória, o fenómeno da globalização, a União Europeia, o conceito de cidadão europeu, e todas as vicissitudes associadas e estes movimentos criam claramente uma necessidade de maior cooperação judiciária internacional e sobretudo da sua transformação como instrumento global de atuação.

1.1 - A globalização e o crime

Desde o final da Guerra Fria que os governos têm tido dificuldades na manutenção do ritmo da política e legislação criminal a par com o ritmo da globalização económica. Portanto, quando uma abertura sem precedentes no comércio, finanças, viagens e comunicações criou crescimento económico e bem-estar, tal também deu origem a uma maciça oportunidade para os criminosos prosperarem³⁰. Em especial, o crime organizado que se tem diversificado, e tornado global alcançando proporções macroeconómicas perturbantes, como por exemplo,

²⁹Ver por todos, UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. - *The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat Assessment*. - United Nations publication, Vienna, 2010.

³⁰UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. - *The Globalization...* P. 25.

mercadorias ilícitas provenientes de um continente, traficadas através de outro, e comercializadas num terceiro.

Assim, a globalização simultaneamente acarretou a disseminação simultânea a um nível planetário do crime, terror e corrupção, uma "trindade profana" que se manifesta todo o mundo³¹. Este fenómeno pode ser encontrado nos países mais pobres da América Latina e da África, mas também no coração da Europa próspera. Facilitados pela corrupção, grupos criminosos e terroristas operam em conjunto a partir da América Latina, nos conflitos regionais da África Ocidental e na antiga União Soviética, chegando à Europa Ocidental.

O crime e o terrorismo também se cruzam na Austrália, Ásia e América do Norte, como evidenciado nos variados casos criminais que documentam a grande mistura das suas atividades.

Esta trindade profana é mais complexa, no entanto, do que a mera atividade de terroristas virando-se para o crime para apoiar as suas atividades ou simplesmente o refletindo um aumento do fluxo de mercadorias ilícitas a nível internacional. Pelo contrário, é um fenómeno distinto em que as redes de crime globalizadas trabalham com os terroristas e ambos são capazes de realizar suas atividades com sucesso, auxiliados por uma corrupção endémica.

A distinção artificial feita entre o crime e o terrorismo é baseada num conceito antiquado de ambos. O adágio de que criminosos se envolvem no crime para o lucro e os terroristas operam exclusivamente por motivos políticos desmente a realidade contemporânea destes dois grupos. Os criminosos pertencem a organizações hierárquicas, que ameaçam o próprio Estado, como aconteceu com a máfia siciliana ou a Yakuza japonesa³². Os terroristas, muitas vezes apoiam-se no crime, movem-se adotando as identidades como criminosos e terroristas.

As estruturas de rede, tanto lhes permitem ligar, consciente ou inconscientemente às identidades um do outro: Os dois grupos podem trabalhar diretamente juntos, ou eles podem se conectar por meio de seus facilitadores³³. Por

³¹ ANTONY GIDDENS. - Sociology... p- 955

³² FRANK SCHMALLEGER. - Criminal Justice Today. 7.ª ed.. Prentice Hall. New Jersey, 2003, p. 660.

³³ Idem

exemplo, em Los Angeles, a mesma escola de idiomas que forneceu a alguns dos perpetradores do 11 de setembro os seus documentos, também forneceu prostitutas para grande quadrilha de tráfico de pessoas.

Note-se, que a internacionalização do crime é anterior à globalização e à União Europeia, apenas ficou mais intensa com a o derrube de barreiras. Já na década de 1930, os membros da máfia italiana nos Estados Unidos viajavam para Kobe, no Japão, e Xangai, China, e membros de várias quadrilhas de crime dos EUA refugiavam-se na China para evitar o alcance da lei americana.

O que é novo, no entanto, é a velocidade e a frequência das suas interações e a intensidade da cooperação entre estas duas formas de crime transnacional.

Ambos, criminosos e terroristas, desenvolveram redes transnacionais, dispersando as suas atividades, seu planeamento e a sua logística em vários continentes, confundindo assim os sistemas jurídicos estatais que são utilizados para combater o crime transnacional em todas as suas permutações. Os Criminosos transnacionais são os principais beneficiários da globalização³⁴.

Terroristas e criminosos movem as pessoas, dinheiro e mercadorias através de um mundo onde os crescentes fluxos de pessoas, dinheiro e mercadorias oferecem excelente cobertura para as suas atividades. Os terroristas e grupos criminosos transnacionais globalizaram-se para atingir os seus mercados, para perpetuar os seus atos e para evitar a deteção.

As Mafias, são hoje verdadeiramente um problema transnacional: uma ameaça à segurança, especialmente em países pobres e perturbados por conflitos. O crime alimenta a corrupção, infiltrando negócios e política, e dificultando o desenvolvimento. E isso, mina a governação, facilitando aqueles que operam fora da lei³⁵. Vejamos alguns exemplos³⁶:

- 1 - Cartéis de drogas espalham a violência na América Central, Caraíbas e África Ocidental;

³⁴ ANTHONY GIDDENS. - *Sociology...* p. 958.

³⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. - *The Globalization...* p. ii.

³⁶ Retirados de UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. - *The Globalizatin...* p. ii

- 2 - Conluio entre insurgentes e grupos criminosos na África Central, o Sahel e Sudeste da Ásia que alimentam o terrorismo e saqueiam recursos naturais;
- 3 - Tráfico de migrantes e escravidão moderna que tem propagação na Europa de Leste, no Sudeste Asiático e América Latina;
- 4 - Em muitos centros urbanos autoridades perderam o controlo de quadrilhas organizadas;
- 5 - O cibercrime ameaça infraestruturas vitais e a segurança do Estado, rouba identidades e comete fraudes variadas;
- 6 - A lavagem de dinheiro em jurisdições opacas abunda.

Estes são exemplos verificados a nível global de tendências da criminalidade mundial e da sua extensão. A verdade é que estes sistemas superam os instrumentos tradicionais do Direito Penal.

1.2. O paradigma espacial tradicional do Direito Penal: territorialidade e universalidade

A esta globalização do crime, não corresponde o paradigma tradicional do direito penal que é essencialmente territorial. Basta ler o Código Penal português, e verificar o artigo 4.º, que estabelece o princípio da territorialidade ao prescrever que a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados em território português, seja qual for a nacionalidade do agente; ou a bordo de navios ou aeronaves portuguesas. Sendo certo que os artigos seguintes (5.º e 6.º) que estendem a aplicação do direito penal português além do território são muito restritivos.

O princípio da territorialidade, é explicado por Teresa Beleza, como prescrevendo, que “a quaisquer infracções praticadas no território português, se

aplica a lei penal portuguesa”³⁷. Por sua vez a extensão realizada além-fronteiras assenta essencialmente no princípio do pavilhão³⁸. Eduardo Correia, definia este princípio como aquele “segundo o qual o direito penal de um determinado país deve fundamentalmente aplicar-se a todos os factos praticados no seu território, qualquer que seja a nacionalidade do agente”³⁹.

Como referem Leal Henriques e Simas Santos⁴⁰:

“A lei penal é feita para exercer a sua eficácia sobre uma determinada parte da superfície terrestre. Dado que essa superfície está sujeita à soberania de vários Estados e dado que cada Estado civilizado tem a sua própria legislação penal, necessário se torna delimitar territorialmente a eficácia das respectivas legislações em relação ao facto delituoso”.

No entanto, apesar de ser este o paradigma tradicional, o próprio código Penal, no seu artigo 5.º, n.º1 c), admite a punição de qualquer agente de qualquer nacionalidade, desde que seja encontrado em Portugal e tenha cometido, ”os crimes previstos nos artigos 144.º-A, 154.º-B e 154.º-C, 159.º a 161.º, 171.º, 172.º, 175.º, 176.º e 278.º a 280.º, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português”. Este caso previsto na lei portuguesa introduz um outro princípio que é o princípio da universalidade.

A jurisdição universal, é classicamente definida como um princípio legal permitindo ou exigindo que um Estado desenvolva um processo - crime em relação a determinados crimes, independentemente da localização do crime e da nacionalidade

³⁷ TERESA BELEZA. - Direito Penal, 1.º vol. AAFDL, Lisboa, 1985, p. 550-551.

³⁸ TERESA BELEZA. - Direito..., p.551.

³⁹ EDUARDO CORREIA. - Direito Criminal, Almedina, Coimbra, 1971,p.167.

⁴⁰ MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES E MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS. - O Código Penal de 1982, Vol.1. Rei dos Livros, Lisboa, 1986, p. 78.

do perpetrador ou vítima⁴¹. Este princípio derroga as regras comuns de competência penal que exigem uma ligação territorial ou pessoal com o crime, o autor ou a vítima. Mas a lógica por trás de tal princípio é mais ampla: surge da noção de que certos crimes são tão prejudiciais aos interesses internacionais, que os Estados têm o direito - e mesmo a obrigação – de intentar uma ação contra o autor, independentemente do local do crime e da nacionalidade.

A jurisdição universal permite o julgamento de crimes cometidos por qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo. No entanto, os exemplos são raros. Talvez o caso mais conhecido, seja aquele referente ao General Augusto Pinochet, que foi detido em Londres a 16 de outubro de 1998 e de certa forma marcou uma viragem na atitude internacional, dissipando a sensação de imunidade relativamente aos ditadores. Neste caso, o juiz espanhol Baltazar Garzón, invocou a lei espanhola, que lhe concedia jurisdição internacional para deter e julgar Pinochet. Se é certo que finalmente Pinochet não foi a julgamento por motivos de saúde, a verdade é que juridicamente ficou estabelecido a responsabilidade internacional referente a certos crimes⁴².

Há, assim, uma fluidez e uma criação de novas realidades e novos conceitos, que fazem ultrapassar o princípio da territorialidade do direito penal; seja a globalização, seja a União Europeia, seja um novo conceito de direito penal humanitário. Todas estas realidades apontam num sentido unívoco, que é aquele que impõe a existência de mecanismos de cooperação judiciária global reforçados.

⁴¹ XAVIER PHILIPPE. - *The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?* *International Review of the Red Cross*. Volume 88, N.º 862, Junho 2006, p. 377.

⁴² *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte* 3 WLR 1,456 (H.L. 1998)

CAPÍTULO II - O DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS NUMA PERSPETIVA INTERNACIONAL

1. BREVE CONSPECTO SOBRE O DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS

A definição clássica de processo penal, pode ser encontrada em Germano Marques da Silva, que escreve, “O direito processual penal é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a aplicação do direito penal aos casos concretos (...), o conjunto das normas jurídicas que orientam e disciplinam o processo penal”⁴³. Dito de outro modo, o processo penal é o caminho levado para impor uma pena a alguém.

Atualmente, tornou-se uma disciplina extremamente sofisticada e com excepcionais garantias constitucionais. É comum a afirmação segundo a qual o direito processual penal é direito constitucional aplicado⁴⁴ e por isso se justifica a sofisticação e desenvolvimento atual da matéria. Contudo, nem sempre foi assim.

As histórias do processo penal, costumam iniciar-se com os gregos e os romanos, e pela contraposição entre os modelos acusatório e inquisitório⁴⁵. No entanto, entendemos que o grande ponto de partida se deve situar com Beccaria e a sua obra *Dei Delitti e delle Penne*, publicada em 1776⁴⁶. A leitura do livro de Beccaria, faz-nos perceber, que ainda hoje nos debatemos para impor definitivamente o seu modelo de processo penal, face ao modelo anterior.

Sem querer cair em exageros, haverá um paradigma pré-beccariano e um paradigma beccariano, mais do que uma distinção entre acusatório e inquisitório,

⁴³ GERMANO MARQUES DA SILVA. - Curso de Processo Penal, I, Verbo, Lisboa, 2000, p. 13.

⁴⁴ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS. - Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 709.

⁴⁵ Ver por exemplo PAULO DE SOUSA MENDES. - Lições de Direito Processual Penal, Almedina, Coimbra, 2015, p. 21 e ss.

⁴⁶ Seguiremos naturalmente a tradução portuguesa de JOSÉ FARIA E COSTA, CESARE BECCARIA. - Dos Delitos e das Penas, 3.ª ed, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009.

que, como também veremos não tem especial sentido no sistema jurídico português, apesar da letra constitucional.

De forma muito viva, Beccaria descreve a lei no seu tempo, “Alguns fragmentos das leis de um velho povo conquistador, mandadas compilar por um príncipe que há doze séculos atrás reinava em Constantinopla, mescladas depois com os costumes (...) e envoltas em confusos volumes de privados e obscuros comentadores, constituem aquela tradição de opiniões que em uma grande parte da Europa têm ainda assim o nome de leis”⁴⁷. E sobre o sistema criminal especifica “Tais leis - um excremento dos mais bárbaros séculos - são examinadas neste livro na parte que respeita ao sistema criminal, ousando-se expor os seus destemperos”⁴⁸.

Da descrição de Beccaria, vê-se, que não existiria propriamente um direito penal ou um direito processual sistemático, mas um amontoado de regras confusas e bárbaras como o “suplício com cruel complacência sugerido por Farinacius”⁴⁹. A modificação, que daí surge, é proposta por Beccaria no seguinte sentido, “Toda a pena que não deriva da absoluta necessidade (...) é tirânica”, pelo que, “tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos seus súbditos”⁵⁰.

Há, assim, uma consciencialização da necessidade de realizar um processo penal assente em garantias e virado para a liberdade, e não baseado na tortura e na desumanização do eventual prevaricador. Como escreve Maria Carlos Espírito Santo Maia⁵¹, “o Antigo Regime, período que decorre desde o século XIII até ao século XVIII, [possui] uma inegável homogeneidade para a História do Direito Penal (...) a justiça é encarada pelo rei e pelos agentes por ele delegados como o principal dever público, sendo para isso necessário “castigar os maus”, não só numa abordagem judiciária, mas também com exemplo aos outros, com o desígnio da obtenção da paz social, isto é, como mecanismo de prevenção geral, direccionado a toda a comunidade – uma espécie de alerta contra o crime. A repressão estatal, por ele

⁴⁷ CESARE BECCARIA. - Dos Delitos... p. 57.

⁴⁸ Idem

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ CESARE BECCARIA. - Dos Delitos... p. 64.

⁵¹ MARIA CARLOS ESPÍRITO SANTO MAIA. - Severidade punitiva penas severas: um factor de dissuasão de um crime? Tese de Mestrado, ULHT, Lisboa, 2011, p.15, disponível em http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/1683/1.%20Tese_MariaMAIA.pdf?sequence=1 (acedido em 11-04-2016).

definida como “simultaneamente retributiva e dissuasora”, daria lugar à “aplicação de penas exemplares e, portanto, severas, públicas e, por vezes espectaculares”.

É na época do Iluminismo, século XVIII, que a perspetiva meramente castigadora e punitiva se modifica. “Nesta época surge a vontade de uma “filosofia penal mais moderada e de uma administração da Justiça criminal mais regular”. Os filósofos reformadores sugeriram uma resposta que incidiria sobre quatro pontos principais: as finalidades das incriminações e das penas, a gravidade dos delitos, a dissuasão e a proporcionalidade”⁵².

Dá-se aquilo a que chamaremos uma mudança de paradigma, e o processo penal começa a adquirir as características de legalidade, racionalidade, garantia e moderação.

É sobretudo no século XIX, que as ideias acima expostas tomam forma.

José António Barreiros⁵³, anota, que na Europa o século XIX foi “um período de ampla renovação no que toca às instituições criminais, como se pode verificar pela circunstância de ter sido nesta época que foram elaborados a quase totalidade dos Códigos Penais”. Acrescentando, que “No plano do debate ideológico verificou-se igualmente uma produção de grande nível, já que foi precisamente neste período, e sob a influência da obra de Beccaria, que se lançaram as bases doutrinárias que vieram a balizar o discurso ulterior”.

Em Portugal, este movimento tem sobretudo impacto a partir da Revolução Liberal de 1820. O século XIX em Portugal foi de uma riqueza histórica enorme. O país enfrentou as Invasões Francesas, criou o Brasil enquanto estado viável e viu-se sem ele, foi confrontado por guerras civis e finalmente na segunda metade do século tornou-se uma monarquia constitucional. Este percurso foi extremamente acidentado. Tudo começou no início do século, quando D. João VI (ainda príncipe-regente) se vê confrontado com as exigências francesas que bloqueio continental. Napoleão tinha perdido o controlo marítimo com a derrota na batalha de Trafalgar (1805), mas ao

⁵² MARIA CARLOS ESPÍRITO SANTO MAIA. - Severidade.... p. 19.

⁵³ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS. - As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história, *Análise Social*, vol. XVI (63), 1980 - 3.º, 587-612, p. 587.

mesmo tempo tinha imposto severas derrotas às potências continentais – Áustria (Austerlitz, 1805) e Prússia (Jena, 1806).

Assim, procurava fechar a Europa aos Ingleses, asfixiando o seu comércio. Confrontado com as exigências francesas de encerramento dos seus portos, D. João tergiversa, adia, promete e volta atrás. Impaciente, e depois de resolver as questões pendentes com os Bourbons em Espanha, substituindo o pai pelo filho. Napoleão manda invadir Portugal, procurando assim fechar os portos e controlar a Europa na sua totalidade. Se a invasão se processou sem resistência, o certo é que quando o general Junot, que comandava as tropas, chegou a Lisboa, o príncipe e a família real já tinham partido para o Brasil garantindo a manutenção e legitimidade da coroa portuguesa.

Em Portugal, entretanto, os ingleses desembarcam e comandados por Wellington expulsam os franceses, que ainda invadem o país mais vezes, até serem definitivamente derrotados pelo mesmo Wellington. No entanto, as condições económicas em Portugal deterioram-se enormemente, facto agravado pela abertura de portos no Brasil⁵⁴.

Mas, a seguir à derrota dos franceses, houve um certo vácuo de poder, sendo certo, que as principais decisões foram entregues ao Marechal inglês Beresford. Revoltados com a situação e com a permanência prolongada do rei no Brasil (bem como com o desenvolvimento e autonomia que esta terra estava a ter face a marasmo instalado em Portugal), a burguesia nortenha, sobretudo, faz uma revolução em 1820 cujo objetivo é chamar o rei de volta ao país e implantar o liberalismo⁵⁵.

Depois de algumas hesitações o rei volta a Portugal. Neste ínterim, as cortes portuguesas estavam a produzir uma constituição escrita. A primeira em Portugal, Constituição de 1822 e que se inspirou na Constituição de Cádiz de 1812, liberal, avançada e limitativa dos poderes reais. O rei jura a Constituição de 1822.

Estes movimentos, são o pano de fundo para a legislação processual penal portuguesa do século XIX e que estabelecerá as bases do nosso sistema.

⁵⁴ OLIVEIRA MARQUES. - História de Portugal, vol. III, Palas Editora, 1986, pp.77-143.

⁵⁵ OLIVEIRA MARQUES. - História de Portugal, vol. III, Palas Editora, 1986, pp. 51-74

Anota José António Barreiros⁵⁶, que a Lei de Imprensa de 14 de Julho de 1821 foi o primeiro documento jurídico sistemático em que se traduziu normativamente a nova filosofia política penal. De facto, esta norma para além dos comandos normativos diretamente atinentes à imprensa, continha uma espécie de parte geral do Código Penal e um autêntico Código de Processo Penal. Estabelecia uma lógica e detalhada graduação das penas e dos delitos e lançou os fundamentos do Ministério Público. Além disso, sistematizou “o processo penal num faseamento que haveria de perdurar e no qual se distinguia o corpo de delito, do sumário, da pronúncia e dos termos subsequentes até ao julgamento”⁵⁷. Também foi aí que se criou o júri.

No entanto, as sucessivas alterações políticas e constitucionais (para além da Constituição de 1822, tivemos a Carta Constitucional de 1826, e a Constituição de 1838, e pelo meio uma Guerra Civil), não permitiram um grande avanço sistemático e normativo. Contudo ainda há a destacar que na Constituição de 1822, regulou-se em detalhe a prisão preventiva, com prazos curtos e a preponderância do princípio da liberdade, dispondo no artigo 4.º:

“Ninguém deve ser preso sem culpa formada, salvo nos casos, e pela maneira declarada no artº. 203º e seguintes. A lei designará as penas, com que devem ser castigados, não só o Juiz que ordenar a prisão arbitrária e os oficiais que a executarem, mas também a pessoa que a tiver requerido“.

Enquanto o artigo 203.º, determinava “Sendo arguidos de crime que mereça maior pena que as do antigo antecedente [202.º], não poderá verificar-se a prisão sem preceder culpa formada, isto é, informação sumária sobre a existência do delito e sobre a verificação do delincente. Deverá também preceder mandado assinado pela Autoridade legítima, e revestido das formas legais que será mostrado ao réu no ato da prisão. Se o réu desobedecer a este mandado, ou resistir, será por isso castigado conforme a lei. “E o artigo 204º:

⁵⁶ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS. - op cit. p. 589, que seguimos de perto.

⁵⁷ Idem

“Somente poderão ser presos sem preceder culpa formada:

I - Os que forem achados em flagrante delito; neste caso qualquer pessoa poderá prendê-los, e serão conduzidos imediatamente à presença do Juiz;

II - Os indiciados: 1º, de furto com arrombamento ou com violência feita a pessoa; 2º, de furto doméstico; 3º de assassinio 4º, de crimes relativos à segurança do Estado nos casos declarados nos arts. 124º, n.º IV e 211º.”

Já na Carta Constitucional concentra a maior parte da matéria criminal no artigo 145.º, que é uma misturada de direitos civis, políticos e garantias criminais. Dispunha, assim o artigo 145.º naquilo que dizia respeito ao processo penal:

“A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte:

§ 1.º - Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.

§ 2.º - A disposição da Lei não terá efeito retroativo.

§ 6.º - Todo o Cidadão tem em sua Casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela senão por seu consentimento, ou em caso de reclamação feita de dentro; ou para o defender de incêndio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira que a Lei determinar.

§ 7.º - Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei, e nestes dentro de vinte e quatro horas, contadas da entrada da prisão, sendo em Cidades, Vilas ou outras Povações próximas aos lugares da residência do Juiz; e, nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do Território: o Juiz, por uma Nota por

ele assinada, fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes dos acusadores, e os das testemunhas, havendo-as.

§ 8.º - Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado, estando já preso, se prestar fiança idónea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o Réu livrar-se solto.

§ 9.º - À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da Autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares estabelecidas, como necessárias à disciplina, e recrutamento do Exército: nem os casos, que não são puramente criminais e, em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos Mandados da Justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo.

§ 10.º - Ninguém será sentenciado senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescrita.

§ 11.º - Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustê-las, ou fazer reviver os Processos findos.

§ 16.º - À exceção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiais nas Causas Cíveis, ou Crimes.

§ 17.º - Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade.

§ 18.º - Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

§ 19.º - Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja.

§ 20.º - As Cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes.

Na Constituição de 1838, de curta duração, também eram repetidas algumas garantias criminais que entraram na chamada Nova Reforma Judiciária⁵⁸. Todavia, é com Costa Cabral e a reposição da Carta de 1826, e a Novíssima Reforma Judiciária que se cria a estrutura base do funcionamento da justiça penal da monarquia portuguesa que perdurará bem para além, na realidade até 1929, ano da aprovação de um Código do Processo Penal.

Escreve Barreiros, “A Novíssima Reforma Judiciária adoptou o sistema misto francês no que toca à estrutura do processo criminal. A instrução pré-acusatória ficava a cargo de um juiz em ambas as suas fases: o corpo de delito (destinado à certificação da existência do crime) e o sumário das querelas (destinado à determinação dos presumíveis culpados). O julgamento era contraditório, público e oral, cabendo o veredicto de facto a um júri”⁵⁹.

As medidas tomadas pelos Governos após a Regeneração de 1852 foram de pacificação política e progresso económico. O fontismo consistiu no desenvolvimento das comunicações para desenvolver o comércio, financiado através de impostos e empréstimos.

O Fontismo também reagiu contra o protecionismo e desenvolveu o livre-cambismo, segundo as teorias de Adam Smith então em voga.

Dentro deste espírito liberal, individualista e desenvolvimentista surgem os grandes Códigos de Direito. Nestes, destaca-se o Código Penal aprovado logo em 1852. Embora criticado pela sua falta de originalidade, este Código é no dizer de

⁵⁸ Crf. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS. - op. cit. p. 592.

⁵⁹ Idem, p. 593.

José de Sousa Brito⁶⁰, “dominado, tal como o seu modelo francês de 1810, pela ideia de prevenção geral, combinada com uma rigorosa concepção do estado de direito em sentido formal”. Naquilo que diz respeito ao sistema das penas, assenta na substituição das penas corporais pela de prisão, que passa agora a ser o tipo normal de sanção criminal. Estava definitivamente introduzido o modelo de Beccaria em Portugal, 100 anos depois.

Quanto a um Código de Processo Penal, foi-se sempre mantendo esse objetivo, mas nunca concretizando, apesar das várias Comissões nomeadas para o efeito. Em 1884, tem lugar a Nova Reforma Penal que “introduziu uma escala penal análoga àquela que temos hoje em vigor e procedeu à abolição de certas penas, como a expulsão definitiva do Reino, a perda dos direitos políticos, a pena de trabalhos públicos, a pena de degredo e a prisão perpétua.

No que toca ao candente problema dos fins das penas, a Reforma Penal «reflecte uma reacção contra o forte utilitarismo do Código de 52 e pode enquadrar-se, de certa maneira, naquele movimento de ressurgimento das ideias retributivas que verificámos ter ocorrido na segunda metade do século XIX”. Entretanto, na sequência das críticas que haviam sido feitas ao Código Penal de 1852, às várias modificações avulsas ocorridas e à Nova Reforma Penal, acaba por entrar em vigor um novo Código Penal em 1886, que esteve vigente em Portugal até 1982, e hoje (Abril 2016) ainda é a lei em Angola.

Quanto ao Código de Processo Penal, sucessivas vicissitudes impediram a aprovação de um Código. Embora várias leis avulsas fossem regulando os seus variados aspetos. Por exemplo, no “Decreto n.º 2, de 1890, estabeleceu-se uma nova forma de processo, o correccional, com o fim de subtrair à apreciação do júri factos de menor gravidade; esse mesmo diploma estabeleceu outra forma de processo - o sumário, para abreviar o julgamento de certas infracções de menor gravidade, quando os réus houvessem sido presos em flagrante”⁶¹.

⁶⁰ JOSÉ DE SOUSA BRITO. - Direito Criminal — Sumários, Lisboa, 1963, p. 47.

⁶¹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS. - Op. cit., p. 595.

Como se mencionou acima foi só em 1929, que finalmente veio a entrar em vigor um Código de Processo Penal, que foi substituído por outro em 1987, que com 30 alterações posteriores ainda está em vigor.

O presente Código do Processo Penal português foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17/02, na sequência da revolução de 25 de Abril de 1974, que fez surgir a nova Constituição de 1976. Esta Constituição definiu no seu artigo 32.^{o62} os princípios básicos do processo penal. Da letra da lei constitucional sobressaem vários princípios supostamente estruturantes do processo penal português:

- Presunção da inocência;
- Todas as garantias de defesa;
- Assistência de advogado;
- Celeridade;
- Instrução dirigida por um juiz;
- Estrutura acusatória do processo;
- Nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

⁶² Dispõe atualmente o artigo 32.º da CRP:

- “1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.
2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.
3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.
4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais.
5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.
6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em atos processuais, incluindo a audiência de julgamento.
7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei.
8. São nulas, todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.
9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.
10. Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

Se estes são os princípios que o legislador constitucional considerou fundamentais para o processo penal, a verdade é que o legislador ordinário entendeu de outra forma, designadamente, mitigou o princípio do acusatório e jogando semanticamente retirou a direção da instrução substantiva de um juiz entregando-a ao Ministério Público. Algumas das “interpretações” ordinárias do preceito constitucional levou à prolação do acórdão n.º 7/87 do Tribunal Constitucional, que considerou de um modo geral que a posição do legislador constitucional se enquadrava nos comandos constitucionais, o que contou com uma violenta declaração de voto de vencido de Vital Moreira que considerou estar-se perante uma “burla de etiquetas”⁶³.

Serve este excuro para chamar a atenção para o facto de os princípios de processo penal não derivarem literalmente da Constituição, mas serem o resultado de elaboração do legislador ordinário, da doutrina e da jurisprudência.

Assim, o processo penal em Portugal, tem, como princípio essencial o da verdade material entendido como a procura da verdade histórica dos factos – este princípio é tendencialmente absoluto, embora choque com outro princípio, o da dignidade humana. Terá de haver uma relação de ponderação, para se ver qual é o princípio que vai ter de ceder. O princípio da verdade material, pode ser restringido mas não desaparece.

O princípio da verdade material de acordo com Figueiredo Dias⁶⁴ é o princípio básico da investigação, e permanecerá sempre até ao fim como fio condutor do processo, por isso justifica o artigo 340.^{o65} do Código do Processo Penal.

⁶³ Cfr. PAULO DE SOUSA MENDES. - Lições de Direito Penal, Almedina, Coimbra, 2015, p. 40.

⁶⁴ FIGUEIREDO DIAS. - Op. cit. p.

⁶⁵ Dispõe o artigo 340.º do CPP:

1 - O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da ata.

3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 328.º, os requerimentos de prova são indeferidos por despacho quando a prova ou o respetivo meio forem legalmente inadmissíveis.

4 - Os requerimentos de prova são ainda indeferidos se for notório que:

a) As provas requeridas já podiam ter sido juntas ou arroladas com a acusação ou a contestação, exceto se o tribunal entender que são indispensáveis à descoberta da verdade e boa decisão da causa;

Outro princípio estruturante do processo penal é o princípio da jurisdicionalidade. Aqui temos a ideia que o direito penal substantivo só pode ser aplicado através do processo penal, respeitando os princípios do mesmo. Todo o direito penal é aplicado pelo processo penal e não de outra forma. Daqui derivam outros princípios como os princípios da oficialidade, legalidade e acusação. Quem tem competências para abrir o processo penal é o Ministério Público, através do princípio da oficialidade que significa que a promoção processual, a iniciativa ou o impulso processual cabem ao Estado, independentemente da vontade dos particulares.

A norma que mostra claramente este princípio é o art.º 119.º, alínea b) do CCP, que determina que se promoção do processo for feita sem a intervenção do Ministério Público, o processo é nulo. Outro princípio fundamental é o princípio da legalidade. É um princípio que decorre do princípio da oficialidade, implicando que de toda a atividade investigatória se desenvolve sobre o signo da estrita vinculação à lei.

Finalmente, temos o princípio da acusação Germano Marques da Silva⁶⁶, refere, que significa quem acusa não julga e quem julga não acusa. O julgador não pode acumular as funções de investigador e de acusador.

Assim, o julgador, julga dentro dos limites da acusação, o objeto do processo fica limitado após o despacho de acusação, ou seja, o objeto fica consolidado, o Juiz que julga só pode julgar dentro dos limites da acusação, e se o fizer, o Juiz acarreta a nulidade do processo – art.º 309 e 379.º, n.º 1 do CPP. No fundo, o mais importante deste princípio é garantir a imparcialidade de quem julga. Há muitos outros princípios, mas ficam aqui os mais importantes⁶⁷.

b) As provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas;

c) O meio de prova é inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa; ou

d) O requerimento tem finalidade meramente dilatória.

⁶⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *op.cit.*, p. 19

⁶⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. - Código..., p. refere os seguintes princípios

O processo penal comum tem três fases:

- I.** Inquérito: artigo 262º a 285º do CPP;
- II.** Instrução: artigo 286º a 310º do CPP;
- III.** Julgamento: artigo 311º a 380º do CPP.

A estrutura do processo penal, implica, que haja sempre duas fases que são obrigatórias: a do Inquérito e a do Julgamento. Para haver condenação, tem de haver inquérito e julgamento pois a lei diz no artigo 119º alínea d) do CPP, que constitui nulidade insanável para o processo a falta destas fases.

Formalmente, temos três fases do processo: Inquérito, Instrução (que é facultativa nos termos do artigo 286º nº 2 do CPP, porque só tem lugar se houver requerimento do assistente ou do arguido nos termos do artigo 287º do CPP) e Julgamento (que é obrigatória se houver condenação). Segundo a sistematização do nosso código, o inquérito e a Instrução são fases preliminares durante as quais se apura se uma pessoa deve ser admitida a julgamento. E no caso de ser, prepara-se a matéria de julgamento.

Nos termos dos artigos 13º, 14º e 16º do CPP, temos três tribunais suscetíveis de julgar e em relação aos quais é repartida a competência material do tribunal, tendo em conta a composição do tribunal:

- Artigo 13º do CPP: Tribunal de Júri;
- Artigo 14º do CPP: Tribunal Coletivo;
- Artigo 16º do CPP: Tribunal Singular.

Quanto à competência do Tribunal no exercício da sua jurisdição define-se a competência como o âmbito de atuação de cada Tribunal, o que ele abrange na sua atuação, qual a jurisdição que ele abrange. Isto é, a atuação de cada tribunal de forma, a que cada caso penal concreto seja julgado, seja deferido a sua apreciação a um único tribunal (e não a vários).

Dentro da estrutura do Processo Penal português, é bom referirmo-nos, também aos sujeitos processuais, que são aqueles que possam interferir no andamento e na tramitação do processo – Tribunal, Ministério Público, Assistente e Defensor. O núcleo duro é constituído pelo Juiz, Ministério Público e arguido. As partes civis não são consideradas partes do processo, nem sujeitos processuais. Não se deve confundir sujeitos processuais com os participantes do processo. Os participantes são todos aqueles que têm intervenção no processo penal, mas praticam atos singulares e não influem na tramitação do processo como um todo, ex: peritos, ofendido, testemunha⁶⁸.

Quanto aos sujeitos processuais temos:

- a) Tribunal - define-se como aquele órgão do Estado através do qual este exerce a sua função jurisdicional (no sentido da administração da justiça) art.º 110.º, n.º 1 e 202.º, n.º 2 CRP;
- b) Ministério Público - promotor do processo nos termos do artigo 48.º do CPP;
- c) Arguido - aquele contra quem corre o processo. Assume a qualidade de arguido, todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal (artigo 57.º, n.º 1 do CPP).

Assim, os sujeitos processuais são aqueles que possam interferir no andamento e na tramitação do processo – Tribunal, Ministério Público, Assistente e Defensor⁶⁹. Germano Marques da Silva considera que são sujeitos processuais, aqueles, que conduzem ativamente o processo⁷⁰. Nessa medida, como se referiu acima, os funcionários, agentes policiais⁷¹ e testemunhas não são sujeitos processuais, mas apenas participantes processuais. Note-se aliás que se o ofendido

⁶⁸ Seguimos a doutrina exposta por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. - Código do Processo Penal, 4.ª edição, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, p.167 segundo a qual os OPC (Órgãos de Polícia Criminal) não são sujeitos processuais e, nessa medida as suas decisões não vinculam qualquer autoridade judiciária, constituindo, outrossim formas de auxílio a estas autoridades. Não se vê qualquer vantagem em “policizar” o processo penal, pelo contrário.

⁶⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, op.cit.Vol.I,p.147 e ss

⁷⁰ Idem

⁷¹ Em todo o caso há que ver que estes atuam muitas vezes com poderes delegados do MP.

não se tiver constituído como assistente, também não será sujeito processual. A disciplina acerca dos sujeitos processuais encontra-se vertida no Livro I do CPP que tem precisamente a epígrafe “Sujeitos do Processo” e disciplina a atividade dos juízes (artigos 8.º- 47.º), do Ministério Público e órgãos de polícia criminal sobre a sua alçada (48.º-56.º), do arguido e do defensor (57.º-67.º), do assistente (68.º-70.º) e das partes civis⁷² (71.º-a 84.º), além da vítima (67.º-A) num enxerto produzido em 2015⁷³, que poderá levantar dúvidas doutrinárias, que no entanto não vamos aqui discutir, por se encontrar muito além do objeto deste trabalho.

A função jurídica do Estado e os seus sujeitos processuais estão sujeitos a princípios constitucionais, que visam o mesmo fim, garantir que essa função seja objetiva independente e imparcial.

Esta é a base da famosa teoria da relação jurídica desenvolvida pelo alemão Von Bulow no século XIX e que serve de base para a estruturação triangular do processo penal português⁷⁴.

Convém retermo-nos um pouco mais sobre esta teoria, uma vez que acaba por determinar a estrutura básica que enforma o processo penal português.⁷⁵ Oskar von Bülow é o principal teórico desta abordagem que consagra em 1868, com a publicação da obra “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”⁷⁶. Nesta obra Von Bülow discorre sobre a relação jurídica processual que ocorre entre as partes e o juiz, criando uma abordagem sistemática.

Essa abordagem parte da consideração que o Estado tem o monopólio da sanção penal e do processo, cabendo-lhe criar um mecanismo racional em que as várias partes desenvolvam os seus argumentos e procedimentos. Com escreve Luís Caetano “O processo é considerado, nesta teoria, como relação jurídica, pelo fato de

⁷² As partes civis, serão sujeitos do processo naquilo que diz respeito ao processo civil que seja julgado em simultâneo.

⁷³ Artigo aditado pela Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro

⁷⁴ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit. p. 42.

⁷⁵ Basta ver que o Código de Processo Penal começa por identificar os sujeitos processuais, exatamente aqueles que vão estabelecer a relação jurídica. Cfr. Livro I do Código do Processo Penal.

⁷⁶ LUÍS MÁRIO LEAL SALVADOR CAETANO. - Estudo sobre o processo e sua natureza, com ênfase no processo como relação jurídica. Disponível [em linha] em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5887/O-processo-como-relacao-juridica> (consultado em 11-06-2016)

demandante, demandado e juiz estabelecerem uma relação jurídica que incumbirá na decisão de prolatar sentença definindo o ato jurisdicional, seguindo os direitos e obrigações criados nos procedimentos desta relação.”⁷⁷ Portanto, o processo é equiparado a uma relação jurídica entre acusação, defesa e juiz.

Ora esta linha teórica repete-se na norma portuguesa. O processo penal português estuda-se na perspectiva dos sujeitos e do objeto. Sem sujeito e sem objeto não há relação jurídica processual, o processo é inexistente.

Fica desta forma realizada uma apresentação sumária do processo penal português, antes de considerarmos a sua interação com o estrangeiro.

2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NA ÓTICA GLOBAL

Definido no número anterior o que se entende por jurisdição e competência, o ponto essencial, é que, temos que encarar estes conceitos na ótica da globalização. Esta, como vimos no capítulo inicial, tornou o crime internacional e de muito maior e difícil conexão territorial, levantando dificuldades acrescidas para qualquer investigação.

No Código do Processo Penal português, é aplicada como norma-regra de acordo com o artigo 6.^o⁷⁸, o princípio da territorialidade, segundo o qual os limites da jurisdição criminal coincidem com os limites do território nacional e por tal, a todos os processos submetidos a essa jurisdição é aplicada a lei processual penal nacional. Nomeadamente, aos agentes do facto criminoso, qualquer que seja a sua

⁷⁷ Idem

⁷⁸ Dispõe o artigo 6.^o do CPP:

“A lei processual penal é aplicável em todo o território português e, bem assim, em território estrangeiro nos limites definidos pelos tratados, convenções e regras do direito internacional”.

nacionalidade, a menos que exista uma convenção ou tratado internacional que imponham outra solução⁷⁹.

Temos, então, como base o princípio da territorialidade, mas ele cede sempre que surja um tratado ou convenção internacional que determine o contrário⁸⁰. Germano Marques da Silva, explicita, “os tribunais portugueses, quando actuam, fazem-no apenas em obediência à lei processual penal portuguesa ou ao direito internacional que vigorar na ordem interna portuguesa. Do mesmo modo, a lei processual penal portuguesa é aplicável em território estrangeiro nos limites definidos pelos tratados, convenções e regras do direito internacional”⁸¹.

É neste ponto de contacto, que como enfatizam Paulo Pinto de Albuquerque e Germano Marques da Silva⁸², se coloca a questão das relações com as autoridades estrangeiras naquilo que importa à administração da justiça penal. Este tema é regulado pelos artigos 229.º e 230.º do CPP, e pela Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto que diz respeito à cooperação judiciária internacional em matéria penal, nas áreas das rogatórias, extradição, delegação do procedimento penal, efeitos das sentenças penais, entre outros, dando prevalência aos tratados e convenções internacionais.

Os artigos 229.º e 230.º⁸³ do CPP, referem, que as rogatórias, a extradição, a delegação do procedimento penal, os efeitos das sentenças penais estrangeiras e as restantes relações com as autoridades estrangeiras relativas à administração da justiça penal são reguladas pelos tratados e convenções internacionais e, na sua falta ou insuficiência, pelo disposto em lei especial e ainda pelas disposições do Código,

⁷⁹ Refere MAIA GONÇALVES. - Código de Processo Penal Anotado, 17.ª ed. Almedina, Coimbra, 2009, p. 71 que este artigo corresponde à doutrina de FIGUEIREDO DIAS, cfr. Direito Processual Penal. Vol. 1.º, p. 105-107.

⁸⁰ Não confundir lei processual penal com lei penal, pode acontecer a aplicação da lei penal de outro país utilizando as leis processuais nacionais.

⁸¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit. p. 109.

⁸² Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op.cit.p.68 e GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit. p. 110.

⁸³ Dispõe o artigo 229.º do CPP.

“As rogatórias, a extradição, a delegação do procedimento penal, os efeitos das sentenças penais estrangeiras e as restantes relações com as autoridades estrangeiras relativas à administração da justiça penal são reguladas pelos tratados e convenções internacionais e, na sua falta ou insuficiência, pelo disposto em lei especial e ainda pelas disposições deste livro”. E o artigo 230.º

“1 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, as rogatórias às autoridades estrangeiras são entregues ao Ministério Público para expedição.
2 - As rogatórias às autoridades estrangeiras só são passadas quando a autoridade judiciária competente entender que são necessárias à prova de algum facto essencial para a acusação ou para a defesa”.

acrescentando também que as rogatórias às autoridades estrangeiras são entregues ao Ministério Público para expedição. E, determinando que as rogatórias às autoridades estrangeiras só são passadas quando a autoridade judiciária competente entender que são necessárias à prova de algum facto essencial para a acusação ou para a defesa. Além destas normas, também são de referir os artigos seguintes até ao 233.º, sendo que o artigo 234.º, já se refere ao reconhecimento de sentenças estrangeiras.

É de anotar, com especial relevo para as relações no âmbito da União Europeia, o artigo 233.º do CPP, que determina, que o disposto no artigo 229.º se aplique, com as devidas adaptações, à cooperação com entidades judiciárias internacionais estabelecidas no âmbito de tratados ou convenções que vinculem o Estado Português.

Cumprе, pois, fazer referência a dois instrumentos de direito interno que propiciam a globalização da justiça portuguesa:

- a) A lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal;
- b) As normas do direito europeu de resposta ao denominado espaço Schengen⁸⁴.

2.1. A lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal

A Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, aprovou a lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal, que entretanto foi alterada pelos seguintes diplomas:

- Lei n.º 115/2009, de 12/10;
- Lei n.º 48/2007, de 29/08;
- Lei n.º 48/2003, de 22/08;
- Lei n.º 104/2001, de 25/08.

⁸⁴ Pela natureza própria do Direito Europeu, que não pode ser considerado mero direito internacional, outrossim direito nacional de valor reforçado, por força da Constituição, cfr FAUSTODE QUADROS, Direito da União Europeia, Almedina, Coimbra, 2009, p. 337, incluímos a sua análise nesta parte e não quando tratarmos dos instrumentos internacionais gerais de cooperação judiciária em matéria penal.

A lei aplica-se à cooperação judiciária internacional em matéria penal sob as seguintes formas: Extradicação; Transmissão de processos penais; Execução de sentenças penais; Transferência de pessoas condenadas a penas e medidas de segurança privativas da liberdade; Vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente; Auxílio judiciário mútuo em matéria penal (artigo 1.º).

Submete a norma legal a sua aplicação à proteção dos interesses da soberania, da segurança, da ordem pública e de outros interesses da República Portuguesa, constitucionalmente definidos (artigo 2.º), salientando, que não confere o direito de exigir qualquer forma de cooperação internacional em matéria penal.

A definição do sentido e âmbito da extradição e a sua submissão, teve lugar de forma muito incisiva no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-05-2012⁸⁵. Este aresto definiu a extradição como “uma forma de cooperação judiciária internacional em matéria penal, através da qual um Estado (requerente) pede a outro (requerido) a entrega de uma pessoa que se encontre no território deste último, para efeitos de procedimento criminal, ou de cumprimento de pena ou de medida de segurança privativa da liberdade, por infracção cujo conhecimento seja da competência dos tribunais do Estado requerente”.

Também, esclareceu, que “A admissibilidade de extradição, nomeadamente quando Portugal é o Estado requerido (extradição passiva), é regulada pelos tratados e convenções internacionais, e, na sua falta ou insuficiência, pela lei relativa à cooperação internacional (Lei 144/99, de 31-08), e ainda pelo CPP, conforme dispõem o art.º 229.º deste diploma e o art.º 3.º, n.º 1, daquela Lei”.

A aplicação da lei interna portuguesa é, pois, subsidiária. ”Considerando que como as relações de cooperação penal entre Portugal e a Ucrânia se regem pela Convenção Europeia de Extradicação (CEE), de 1957, e seus dois protocolos adicionais, subscrita e ratificada por ambos os países, e ao ratificar essa Convenção, Portugal formulou diversas reservas à extradição passiva que traduzem uma reserva de soberania à cooperação internacional. E, estando essa reserva de soberania, está igualmente proclamada no art.º 2.º, n.º 1, da Lei 144/99, neste caso por razões conexas com os fins das penas, seria evidente que o Estado Português, por

⁸⁵ ACÓRDÃO DE 30/05/2012 do Supremo Tribunal de Justiça, disponível em www.dgsi.pt (acedido a 13-04-2016)

razões de soberania, não poderia renunciar à sua aplicação em processo de extradição passiva”⁸⁶.

Concluindo, que embora aceitando, nos termos do art.º 12.º, n.º 1, al. a), da Lei 144/99, os motivos de interrupção ou suspensão do Estado requerente, Portugal não abdica do n.º 3 do art.º 121.º do CP, por força dos arts.º 2.º, n.º 1, 8.º, n.º 1, al. c), da mesma Lei.

Esta lei, só se aplica, naturalmente, na ausência de tratados, convenções e acordos internacionais, que vinculem o Estado Português, sendo subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código de Processo Penal (artigo 3.º). Além do princípio da soberania, a lei revela também o princípio da reciprocidade, que, no entanto, não é absoluto pois a falta de reciprocidade não impede a satisfação de um pedido de cooperação desde que essa cooperação nalgumas situações, como aquelas em que se mostre aconselhável em razão da natureza do facto ou da necessidade de lutar contra certas formas graves de criminalidade; possa contribuir para melhorar a situação do arguido ou para a sua reinserção social; sirva para esclarecer factos imputados a um cidadão português (artigo 4.º).

Enquadrado por estes princípios, temos a regra geral, que aponta para a cooperação internacional. No entanto, esta será recusada em diversas circunstâncias, como:

- a)** O processo não satisfizer ou não respeitar as exigências da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950, ou de outros instrumentos internacionais relevantes na matéria, ratificados por Portugal;
- b)** Houveram, fundadas razões para crer que a cooperação é solicitada com o fim de perseguir ou punir uma pessoa em virtude da sua raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, das suas convicções políticas ou ideológicas ou da sua pertença a um grupo social determinado;
- c)** Existir risco de agravamento da situação processual de uma pessoa por qualquer das razões indicadas na alínea anterior;

⁸⁶ Idem

- d)** Puder conduzir a julgamento por um tribunal de exceção ou respeitar a execução de sentença proferida por um tribunal dessa natureza;
- e)** O facto a que respeita for punível com pena de morte ou outra de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa;
- f)** Respeitar a infração a que corresponda pena de prisão ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de duração indefinida.

No entanto, o disposto nas alíneas e) e f) do número anteriorm não obstem à cooperação se o Estadom que formula o pedido, por ato irrevogável e vinculativo para os seus tribunais ou outras entidades competentes para a execução da pena, tiver previamente comutado a pena de morte ou outra de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa ou tiver retirado carácter perpétuo ou duração indefinida à pena ou medida de segurança; ou se, com respeito a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requerente, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, o Estado requerente oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada, se o Estado que formula o pedido aceitar a conversão das mesmas penas ou medidas por um tribunal português segundo as disposições da lei portuguesa aplicáveis ao crime que motivou a condenação; ou finalmente se o pedido respeitar ao auxílio previsto na alínea f) do n.º 1 do artigo 1.º da lei solicitado com fundamento na relevância do ato para presumível não aplicação dessas penas ou medidas (artigo 6.º).

A recusa da cooperação, também pode resultar da natureza da infração. Se o processo se referir a infração de natureza política ou infração conexa a infração política segundo as concepções do direito português ou crime militar que não seja simultaneamente previsto na lei penal comum será recusada a cooperação. No entanto, não são considerados de natureza política:

- a)** O genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra e infrações graves, segundo as Convenções de Genebra de 1949;
- b)** As infracções, referidas no artigo 1.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, aberta para assinatura a 27 de Janeiro de 1977;

c) Os atos referidos na Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 17 de Dezembro de 1984;

d) Quaisquer outros crimes, a que seja retirada natureza política, por tratado, convenção, ou acordo internacional, de que Portugal seja parte (artigo 7.º).

Por sua vez, o artigo 11.º garante, que na execução de um pedido de cooperação formulado a Portugal se observem as disposições do Código de Processo Penal e legislação complementar relativas à recusa de testemunhar, às apreensões, às escutas telefónicas e ao segredo profissional ou de Estado e em todos os outros casos em que o segredo seja protegido.

Manifesto relevo assume a regra da especialidade prevista no artigo 16⁸⁷, que não permite que uma pessoa que seja entregue a Portugal por uma questão concreta, seja interpelada por questão diferente da formulada pela autoridade portuguesa.

⁸⁷ “1 - A pessoa, que em consequência de um ato de cooperação, comparecer em Portugal para intervir em processo penal como suspeito, arguido ou condenado não pode ser perseguida, julgada, detida ou sujeita a qualquer outra restrição da liberdade por facto anterior à sua presença em território nacional, diferente do que origina o pedido de cooperação formulado por autoridade portuguesa.

2 - A pessoa que, nos termos do número anterior, comparecer perante uma autoridade estrangeira não pode ser perseguida, detida, julgada ou sujeita a qualquer outra restrição da liberdade por facto ou condenação anteriores à sua saída do território português diferentes dos determinados no pedido de cooperação.

3 - Antes de autorizada a transferência a que se refere o número anterior, o Estado que formula o pedido deve prestar as garantias necessárias ao cumprimento da regra da especialidade.

4 - A imunidade a que se refere este artigo cessa quando:

a) A pessoa em causa, tendo a possibilidade de abandonar o território português ou estrangeiro, o não faz dentro de 45 dias ou regressa voluntariamente a um desses territórios;

b) O Estado que autoriza a transferência, ouvido previamente o suspeito, o arguido ou o condenado, consentir na derrogação da regra da especialidade.

5 - O disposto nos n.ºs 1 e 2 não exclui a possibilidade de solicitar a extensão da cooperação a factos diferentes dos que fundamentaram o pedido, mediante novo pedido apresentado e instruído nos termos do presente diploma.

6 - No caso referido no número anterior, é obrigatória a apresentação de auto donde constem as declarações da pessoa que beneficia da regra da especialidade.

7 - No caso de o pedido ser apresentado a um Estado estrangeiro, o auto a que se refere o número anterior é lavrado perante o tribunal da Relação da área onde residir ou se encontrar a pessoa que beneficia da regra da especialidade”.

Sendo estas as normas gerais, que regulam a cooperação internacional em matéria penal, a lei desenvolve várias figuras concretas, como a extradição passiva (artigos 31.º - 68.º), extradição ativa (artigos 69.º - 75.º). São também regulados, a transmissão de processos penais, delegação num Estado estrangeiro da instauração ou continuação de procedimento penal, execução de sentenças penais, transferência de pessoas condenadas, vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente.

Numa espécie de súmula desta Lei, Pedro Trovão do Rosário, escreve que a “Lei n.º 144/99, consagrou formas de cooperação judiciária internacional em matéria penal, abrangendo a extradição, de acordo com a proteção dos interesses da soberania, da segurança, da ordem pública e de outros interesses constitucionais, decorrentes de tratados, convenções e acordos internacionais bilaterais ou multilaterais vinculativos, e aplicando o princípio da reciprocidade, conforme os artigos 1.º a 4.º, desse diploma”⁸⁸.

2.2. Auxílio judiciário mútuo em matéria penal

A partir do artigo 145.º, temos o denominado auxílio judiciário mútuo em matéria penal. Esta matéria, é de especial importância, pois é aqui, que se estabelecem as bases efetivas de uma cooperação proactiva em matéria penal que vai além da tradicional extradição. José Braz anota de forma muito incisiva a necessidade da cooperação internacional ao nível da investigação, sobretudo quando ligado ao crime organizado e ao terrorismo⁸⁹.

Este artigo 145.º alarga a cooperação a uma variedade de atos que compreendem a comunicação de informações, de atos processuais e de outros atos públicos admitidos pelo direito português, quando se afigurarem necessários à

⁸⁸ PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO. - O Mandado de Detenção Europeu: Enquadramento e Ponderação Atual. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 103-119., p. 107.

⁸⁹ JOSÉ ALBERTO CAMPOS BRAZ. - Investigação Criminal, 3.ª ed. Almedina, Coimbra, 2013.

realização das finalidades do processo, bem como os atos necessários à apreensão ou à recuperação de instrumentos, objetos ou produtos da infração. São então incluídos as seguintes situações:

- a)** A notificação de atos e entrega de documentos;
- b)** A obtenção de meios de prova;
- c)** As revistas, buscas, apreensões, exames e perícias;
- d)** A notificação e audição de suspeitos, arguidos, testemunhas ou peritos;
- e)** O trânsito de pessoas;
- f)** As informações sobre o direito português ou estrangeiro e as relativas aos antecedentes penais de suspeitos, arguidos e condenados.

Fica, desde logo, previsto, que se podem efetuar audições com recurso a meios de telecomunicação em tempo real, nos termos da legislação processual penal portuguesa. Também previsto, que o Ministro da Justiça pode autorizar a deslocação de autoridades judiciais e de órgãos de polícia criminal estrangeiros, com vista à participação em atos de investigação criminal que devam realizar-se em território português, inclusivamente no âmbito da formação de equipas de investigação criminal conjuntas, compostas por elementos nacionais e estrangeiros, ou a constituição de equipas de investigação criminal conjuntas quando esta constituição não for já regulada pelas disposições de acordos, tratados ou convenções internacionais. Ainda sobre as equipas de investigação criminal conjuntas dispõem os artigos 145.º-A e B.

Desta análise perfunctória da lei portuguesa, verifica-se, que estão previstas medidas bastantes alargadas com vista a uma efetiva cooperação judicial internacional. Qualquer obstáculo não será legal, mas cultural e burocrático. No entanto, estão sempre subjacentes os princípios da soberania, reciprocidade e especialidade, que de alguma forma limitam a cooperação internacional.

Esta é a perspetiva tradicional da cooperação internacional que é sintetizada por Nadia de Araujo “não pode faltar à discussão do tema um olhar sob dois prismas

distintos, que dizem respeito à perspectiva a ser adotada na hora de concretizar a cooperação internacional: de um lado, uma perspectiva *ex parte principis*, ou seja, a lógica do Estado preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais; de outro, a perspectiva *ex parte populi*, a dos que estão submetidos ao poder, e cuja preocupação é a liberdade, e tendo como conquista os direitos humanos”⁹⁰.

A mesma autora, também explica muito bem, que “A cooperação jurídica internacional, de cunho tradicional, se efetiva através de cartas rogatórias e do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, institutos consagrados no direito processual civil [de vários] países. Na área penal, o instituto da extradição é outro exemplo clássico de cooperação entre Estados. Há, ainda, ações de cunho administrativo, hoje conhecidas como auxílio direto, e a prestação de informações sobre o direito estrangeiro”⁹¹.

2.3. Jurisprudência e doutrina sobre cooperação judiciária internacional

Tem interesse, em jeito de súmula, sobre os mecanismos clássicos de cooperação internacional, mencionar o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça decidido no processo n.º 111/11.7YFLSB, relatado pelo Conselheiro Armindo Monteiro, no dia 11-01-2012⁹². Esse acórdão aborda os princípios essenciais da cooperação judiciária, designadamente o princípio da reciprocidade e da especialidade.

Neste caso concreto, lidava-se com um pedido de extradição. O aresto começa por considerar que a posição de um Estado é a de cooperar e não dificultar o andamento dos autos, restringindo a sua esfera interventiva à de trazer ao tribunal os

⁹⁰ NADIA DE ARAÚJO. - A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (Org.). Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal. 4ª ed., 2013, v. 1, pp. 39-50., p. 40.

⁹¹ Idem, p.46.

⁹² Cfr. em www.dgsi.pt (acedido em 14-04-2016).

elementos de que careça dentro desse espírito de colaboração. Tem, pois, uma posição de subalternidade em relação ao requerido e ao Estado requerente.

Depois, é definido, que o processo de extradição comporta uma fase administrativa e uma fase judicial. Entrando numa das questões primordiais: a questão da violação pelo Estado requerente do princípio da especialidade, esta é considerada um “incidente da entrega, regulada no art.º 60.º da Lei 144/99, de 31-08, e em conexão com a extradição decretada, ainda dentro da fase judicial, tanto assim, que a sua resolução é desencadeada ante a entidade judiciária”.

O acórdão define que “O princípio da especialidade é um dos princípios estruturantes de todo o processo de cooperação internacional e que não se limita, apenas, à extradição, nos termos da abrangência alargada a outras formas de cooperação definidas no art. 1.º, da Lei 144/99, de 31-08. Esse princípio faz parte daquele conjunto de axiomas impostos pela simples coexistência relevante da comunidade internacional no sentido de que a entrega por extradição de um delinquente obriga o Estado requerente a conter o seu procedimento, a sua perseguição penal, nos precisos limites da acusação específica pelo crime predefinido e não por qualquer outro.

A especialidade desempenha uma função de garantia sucessiva, ou seja, garantia da extradição efectuada, destinada a assegurar o cumprimento das obrigações que os Estados, com o pedido de extradição, de modo implícito mas inequívoco, se comprometem a observar (o Estado para o qual uma pessoa tenha sido extraditada não pode ser julgada, salvo consentimento do Estado requerido, senão pelo crime pelo qual tenha sido extraditado). Este excerto é importante porque se trata de uma determinação judicial do princípio da especialidade.

Ao nível das Relações, existe também abundante matéria quer sobre os mecanismos clássicos de extradição, quer sobre o MDE. Referimos alguns arestos do Tribunal da Relação de Lisboa.

Em 01/25/2011, no processo n.º 1412/10.7YRLSB-5⁹³, foi decidido por unanimidade, que “Em relação a cidadão romeno, residente em Portugal há cerca de

⁹³ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA de 01/25/2011, no processo n.º 1412/10.7YRLSB-5, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (acedido a 29-04-2016)

dez anos, onde vive com a companheira, que aqui trabalha, e o filho, que estuda, nos termos do art.12, nº1, al.g, da Lei nº63/03, de 23 de Agosto, existe fundamento válido para recusa facultativa de execução do mandado de detenção europeu, para cumprimento de pena de cinco anos e dois meses de prisão, por que foi condenado pela justiça romena; Uma vez que assentando o “Mandado de Detenção Europeu no princípio do reconhecimento mútuo, não é necessária a revisão e confirmação da sentença, com base na qual o mesmo foi emitido, para que aquela pena de prisão possa ser cumprida em Portugal”.

Sobre o princípio do reconhecimento mútuo assinalam os juízes, que “O princípio do reconhecimento mútuo significa, segundo Ricardo Jorge Bragança de Matos (“O Princípio do Reconhecimento Mútuo e o Mandado de Detenção Europeu, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 14, nº 3, p. 327 e 328) citado no Acórdão do STJ de 23.11.2006 (Proc. 4352/06) junto aos autos, que uma decisão judicial tomada por uma autoridade judiciária de um Estado membro com base na sua legislação interna será reconhecida e executada pela autoridade judiciária de outro Estado membro, produzindo efeitos pelo menos equivalentes a uma decisão tomada por uma autoridade judiciária nacional. Não obstante, conforme se escreve no mesmo aresto, o MDE está sujeito a uma reserva de soberania que, em alguns casos impõe ao Estado Português a recusa de execução do mandado (art. 11º) e noutros lhe permite que o faça (art.º 12º)”.

No caso concreto julgava-se a execução de um mandado de detenção para cumprimento de pena de prisão, emitido por autoridade judiciária da União Europeia “– Tribunal de Iasi, na Roménia – por crime pertencente ao catálogo dos crimes previstos no nº 2, do art. 2º da Lei 65/2003, o que dispensa o controlo da dupla incriminação”⁹⁴.

O Tribunal, considera, que não se “verifica nenhuma das causas de recusa obrigatória do mandado de detenção europeu previstas no referido art. 11º, estando apenas em causa, por ter sido invocada pelo arguido, a eventual verificação do fundamento de recusa facultativa previsto no art. 12º, nº 1, alínea g) daquela Lei⁹⁵”. E, prossegue afirmando, que “De acordo com o estabelecido naquela al. g) do nº 1 do

⁹⁴ Idem

⁹⁵ Ibidem

art. 12º, a execução do mandado de detenção europeu pode ser recusada, se: “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”.

Acrescentando, “É indubitável a verificação, *in casu*, das três primeiras condições: a pessoa procurada encontra-se em Portugal, onde actualmente reside e o MDE, em causa foi emitido para cumprimento de uma pena de prisão de 5 anos e 2 meses. Por outro lado, assentando o MDE no reconhecimento mútuo, entendemos, na esteira do decidido pelo STJ no Acórdão supra citado, no Acórdão de 27.04.06 (proferido no Proc. 06P1429) e no Acórdão de 26.11.2009 (proferido no Proc. 325/09.0TRPRT.S1), não ser necessária a revisão e confirmação da decisão, com base na qual foi o mesmo emitido, para que aquela pena de prisão possa ser executada em Portugal”⁹⁶.

Mais considera o Tribunal, que “Basta que o Estado Português, caso considere haver fundamento para a recusa facultativa de execução do mandado europeu e aceitando a condenação nos precisos termos da mesma, assuma o compromisso de a executar, de acordo com a sua lei nacional, assim prevalecendo a soberania do Estado português na execução da pena”.

Refletindo, que “Porém, 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 Manuel Monteiro Guedes Valente, “Do Mandado de Detenção Europeu”, (pág.191), perante a ausência no regime legal do MDE de critérios gerais ou específicos quanto às condições de exercício da faculdade 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 (neste sentido o Acórdão do STJ de 17.03.2005, no Proc. 1135/05-5).

⁹⁶ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA de 01/25/2011, no processo n.º 1412/10.7YRLSB-5, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (acedido a 29-04-2016)

E, “Nos termos do art. 40º, nº 1 do Cód. Penal Português, uma das funções primordiais da pena é a reintegração do agente na sociedade. Tal reintegração será tanto mais eficaz quanto maior for a ligação do cidadão ao país onde tiver de ser cumprida a pena, pois é aí que naturalmente tem mais apoio sócio afectivo, sendo por isso aconselhável o cumprimento da pena em instituições nacionais, ”Pelo que conclui em recusar a execução do Mandado de Detenção Europeu emitido pela Tribunal de Iasi, na Roménia, relativamente ao cidadão romeno”⁹⁷.

Este acórdão tem interesse porque não aplica automaticamente o MDE.

O Acórdão do Tribunal da Relação proferido em 04-05-2011, no âmbito do processo 241/11.5YRLSB-5⁹⁸, também versa sobre a recusa facultativa de execução do mandado de detenção europeu, e decide que esta “não pode traduzir-se num acto gratuito ou arbitrário do tribunal, impondo-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”.

Estava também em causa mandado de detenção europeu emitido por “Tribunal da Roménia, para cumprimento de pena de prisão por cidadã romena, mas residindo esta em Portugal desde 2005, com o companheiro de nacionalidade portuguesa que aqui trabalha e a filha de quatro anos de idade, filha de pai português, para a sua reinserção social, é mais benéfico o cumprimento da pena em Portugal, onde pode continuar a beneficiar de apoio familiar, não se pondo desse modo em causa as demais finalidades da punição, designadamente a tutela dos bens jurídicos violados pela arguida e a paz social, já restabelecida com o julgamento e condenação”.

⁹⁷ Idem

⁹⁸ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA de 04-05-2011, processo 241/11.5YRLSB-5, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (acedido a 30-04-2016).

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, referente ao Processo: 3880/03-3, decidido em 14-09-2011⁹⁹, atende-se à chamada extradição clássica. O sumário do Acórdão refere, que:

I – O princípio da especialidade no domínio da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, embora legitime que o Estado requerente proceda à alteração da qualificação jurídica dos factos narrados no pedido formulado, impõe, para além do consciencioso respeito pelas condições estabelecidas pelo Estado requerido, que a extradição pelos novos crimes descobertos em virtude do prosseguimento da investigação pudesse ter sido concedida se na ocasião própria solicitada.

II – A lei portuguesa consagra, na sua essência, uma solução, que partindo da aceitação da boa-fé dos Estados no cumprimento das obrigações que assumiram e precavendo qualquer quebra de confiança, tem a flexibilidade característica do regime que se extrai do artigo 14.º, n.º 3, da Convenção Europeia de Extradição de 1957.

III – A comprovada violação do princípio da especialidade por parte do Estado requerente, impõe, de harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

- a)** A decisão de considerar ilegal o julgamento no Estado requerente pelos novos crimes; e
- b)** A decisão de resolver a autorização concedida para a extradição”.

Escusado, será, apontar a riqueza das decisões referidas. Contudo verificar-se-á, que a questão não se coloca em termos de liberdade/ prisão, mas do local onde se vai cumprir a prisão, i.e. não se coloca em causa o mérito e o sentido da decisão estrangeira, apenas a forma da sua concretização.

⁹⁹ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA de 14-09-2011, Processo: 3880/03-3, disponível [em linha] em www.dgsi.pt (acedido a 30-04-2016)

CAPÍTULO III - COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL

1. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: UNIÃO EUROPEIA E QUADRO EUROPEU

Na União Europeia há uma tentativa da criação de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça que implica uma abordagem das questões de cooperação internacional de forma muito diferente da até aqui explicitada, e implica a consideração de princípios e mecanismos diferentes. Tal, justifica-se sobremaneira como escreve João Davin, uma vez, que “A criminalidade organizada não [sendo] de forma manifesta, um produto do século passado (...) o seu grau de ofensividade face às estruturas do Estado, da economia e dos mercados financeiros é algo de qualitativamente novo”¹⁰⁰.

Um primeiro mecanismo, submetido a diferentes princípios é o do Mandado de Detenção Europeu (MDE), outro, ainda em desenvolvimento refere-se aos mecanismos de cooperação reforçados ao nível de investigação.

Como se sabe a União Europeia não é uma organização internacional tradicional, aproximando-se mais de uma confederação de Estados¹⁰¹, com objetivos políticos unificadores inovadores. Afirmam João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, “O objectivo político para cuja realização deveriam concorrer as Comunidades Europeias (...) consistia na associação dos Estados-Membros numa União Europeia de estilo confederal ou mesmo federal”¹⁰².

É dentro desta visão. que foi criado um espaço integrado de livre circulação onde o cidadão se pode movimentar livremente. O espaço mais integrado é espaço

¹⁰⁰ JOÃO DAVIN, A Criminalidade Organizada Transnacional - A Cooperação Judiciária e Policial na EU, Almedina, Coimbra, 2007, P..2.

¹⁰¹ JORGE BACELAR GOUVEIA, Direito Internacional Público,

¹⁰² JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, Manual de Direito Europeu, 6:ª ed. Coimbra Ed, Coimbra, 2010, p. 230.

Schengen¹⁰³, que removeu o controlo fronteiriço entre alguns Estados-Membros da União Europeia, tornando os países aderentes, para todos os efeitos, como um único território contínuo e sem barreiras. Ora, essa liberdade generalizada deverá ser acompanhada de uma política comum de cooperação judiciária para lidar com aspetos ligados à justiça.

Não tem sentido permitir que os cidadãos atravessem as fronteiras dentro da Europa sem qualquer controlo, e ao mesmo tempo dificultar a sua entrega de um Estado para o outro através de processos complicados de extradição¹⁰⁴.

É a própria natureza de livre circulação da EU, que impõe a criação de uma área de liberdade, segurança e justiça, e dentro desta de um MDE. O espaço comum de liberdade, segurança e justiça está previsto no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) nos artigos 67.º e seguintes, tendo especial relevo o preceituado nos artigos 82.º e seguintes que tratam da cooperação em matéria penal e policial.

A área comum de justiça, quer desenvolver uma ação comum por parte das autoridades dos Estados-Membros, que implicam a aproximação de legislação e práticas entre esses Estados. Neste sentido, o espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia foi criado para garantir a livre circulação de pessoas e oferecer um nível elevado de proteção aos cidadãos. Abrange áreas políticas, que vão desde a gestão das fronteiras externas da União Europeia à cooperação judiciária em matéria civil e penal e da cooperação policial. Também, inclui, políticas de asilo e de imigração e luta contra a criminalidade (terrorismo, crime organizado, crimes cibernéticos, a exploração sexual de crianças, tráfico de seres humanos, drogas ilegais)¹⁰⁵.

Nos países pertencentes à União Europeia o tradicional processo de extradição foi substituído por um sistema de entregas entre as autoridades judiciais.

¹⁰³ “O espaço e a cooperação Schengen assentam no Acordo Schengen de 1985. O espaço Schengen representa um território no qual a livre circulação das pessoas é garantida. Os Estados signatários do acordo aboliram as fronteiras internas a favor de uma fronteira externa única. Foram adotados procedimentos e regras comuns no espaço Schengen em matéria de vistos para estadas de curta duração, pedidos de asilos e controlos nas fronteiras externas”. Cfr. EURO-LEX, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l33020> (Acedido em 14-04-2016)

¹⁰⁴ PAUL CRAIG e GRAINNE DE BÚRCA. - *EU Law. Texts, cases and materials*, 4.ª ed. Oxford, Oxford, 2008, p. 230.

¹⁰⁵ Idem, p. 234-237.

Salienta Henriques da Graça que “ O Mandado de detenção Europeu (MDE) consubstancia-se sempre, quer como emissão, quer como execução, numa decisão judiciária, tendo por finalidade a detenção e entrega da pessoa procurada”¹⁰⁶.

1.1. Mandado de detenção europeu

Em Portugal, o regime legal do mandado de detenção europeu é o que consta da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, alterada pela Lei n.º 35/2015, de 04 de Maio.

A legislação portuguesa é fruto da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI do Conselho de 13 de junho¹⁰⁷ e da Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, que altera as Decisões-Quadro 2002/584/JAI e subsequentes adendas. Nesse sentido, procura pretende reforçar os direitos processuais das pessoas, além de promover a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo.

O princípio do reconhecimento mútuo, vai mais além do que o princípio da reciprocidade, pois trata-se de um princípio de âmbito global europeu que atua *à priori* e de forma multilateral, não assentando em pressupostos soberanistas de bilateralidade, outrossim numa perspetiva englobadora.

Sofia Oliveira Pais, esclarece, que o “princípio do reconhecimento mútuo decorre (...) do princípio da confiança entre os Estado” e “pela sua importância, viria a lograr aplicação transversal no domínio das (...) liberdades, tendo inspirado, designadamente, o princípio geral do reconhecimento de diplomas e qualificações profissionais”¹⁰⁸. Agora este mesmo princípio é estendido à área da cooperação criminal, implicando um certo automatismo nas decisões.

¹⁰⁶ ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA GRAÇA. - O regime jurídico do Mandado de Detenção Europeu, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p.,14.

¹⁰⁷ Refere-se a uma decisão do Conselho da União Europeia. Para os efeitos jurídicos de uma decisão cfr. JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, op, cit.p.333.

¹⁰⁸ SOFIA OLIVEIRA PAIS. - Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudência, 3.ª ed, Almedina, Coimbra, 2013, p., 260-261.

É, assim, que surge a legislação portuguesa referida acerca do mandado de detenção europeu. O artigo 1.º da lei, é claro ao dispor que o “mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado membro com vista à detenção e entrega por outro Estado membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade”, reconhecendo expressamente no seu n.º 2, que o “mandado de detenção europeu é executado com base no princípio do reconhecimento mútuo e (...) na Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho”.

Temos, assim, um instrumento novo de direito europeu que vai substituir a extradição.

O quadro material de aplicação do MDE pode ser assim resumido:

- O mandado é emitido para factos que sejam puníveis pela lei portuguesa com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses; as fases processuais abrangidas em que pode ser emitido o MDE são o inquérito, instrução e fase de julgamento até ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Poder-se-á, também, emitir um MDE para fins de cumprimento de pena ou de medida de segurança, sempre que a duração daquelas for igual ou superior a 4 meses, sendo que há lugar à emissão do MDE para cumprimento de pena, a partir da fase de julgamento após o trânsito em julgado da sentença condenatória¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Cfr. artigo 2.º, n.º 1 que prescreve:

“1 - O mandado de detenção europeu pode ser emitido por factos puníveis, pela lei do Estado membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, quando tiver por finalidade o cumprimento de pena ou de medida de segurança, desde que a sanção aplicada tenha duração não inferior a 4 meses.”

Ver o mesmo artigo 2.º, n.º 2 e 3:

“2 - Será concedida a entrega da pessoa procurada com base num mandado de detenção europeu, sem controlo da dupla incriminação do facto, sempre que os factos, de acordo com a legislação do Estado membro de emissão, constituam as seguintes infrações, puníveis no Estado membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos:

- a) Participação numa organização criminosa;
- b) Terrorismo;
- c) Tráfico de seres humanos;
- d) Exploração sexual de crianças e pedopornografia;
- e) Tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas;
- f) Tráfico ilícito de armas, munições e explosivos;
- g) Corrupção;

Henriques da Graça¹¹⁰, refere que para o MDE funcionar em pleno na ordem internacional tem que estar bem estabelecido o princípio do reconhecimento mútuo que será o "denominador comum de confiança, respeito e eficiência entre os Estados".

Desta forma, o aspeto essencial a revelar neste sistema é o automatismo que diminui a margem de manobra dos Estados e assenta como anotado acima no princípio do reconhecimento mútuo.

No seu acórdão de 16-07-2014¹¹¹, o Supremo Tribunal de Justiça português definiu muito claramente o que é o MDE: "uma decisão judiciária emitida por um Estado-membro da União Europeia (dito Estado da emissão), que tem como objectivo a entrega a outro Estado-membro (dito Estado da execução) de um cidadão

-
- h) Fraude, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, na aceção da convenção de 26 de Julho de 1995 relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias;
 - i) Branqueamento dos produtos do crime;
 - j) Falsificação de moeda, incluindo a contrafacção do euro;
 - l) Cibercriminalidade;
 - m) Crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico ilícito de espécies animais ameaçadas e de espécies e essências vegetais ameaçadas;
 - n) Auxílio à entrada e à permanência irregulares;
 - o) Homicídio voluntário e ofensas corporais graves;
 - p) Tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos;
 - q) Rapto, sequestro e tomada de reféns;
 - r) Racismo e xenofobia;
 - s) Roubo organizado ou à mão armada;
 - t) Tráfico de bens culturais, incluindo antiguidades e obras de arte;
 - u) Burla;
 - v) Extorsão de protecção e extorsão;
 - x) Contrafacção e piratagem de produtos;
 - z) Falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico;
 - aa) Falsificação de meios de pagamento;
 - bb) Tráfico ilícito de substâncias hormonais e outros factores de crescimento;
 - cc) Tráfico ilícito de materiais nucleares e radioactivos;
 - dd) Tráfico de veículos roubados;
 - ee) Violação;
 - ff) Fogo posto;
 - gg) Crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional;
 - hh) Desvio de avião ou navio;
 - ii) Sabotagem.

3 - No que respeita às infracções não previstas no número anterior só é admissível a entrega da pessoa reclamada se os factos que justificam a emissão do mandado de detenção europeu constituírem infracção punível pela lei portuguesa, independentemente dos seus elementos constitutivos ou da sua qualificação."

¹¹⁰ Op.cit. p. 14-15

¹¹¹ Acórdão do STJ de 16-07-2014 disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8186b143dde1122880257d24004cc7bb?OpenDocument> (acedido a 13-01-2016).

para efeitos de procedimento criminal, cumprimento de pena ou medida de segurança privativa de liberdade”.

E, o acórdão de 27-06-2006¹¹², desenvolve amplamente o âmbito do MDE ao considerar, que “Todo o sistema de emissão e execução do MDE está estruturado com o objectivo único de obter a detenção de uma pessoa que se encontre num Estado membro para ser entregue ao Estado membro emissor”, além de estabelecer, que “Observadas as regras constantes da Lei 65/03 sobre a emissão do MDE, não há que questionar, à luz do direito interno português, a legalidade do mandado de detenção, reduzindo-se a margem de manobra da entidade que procede à detenção às normas de direito interno cuja aplicação está prevista naquela lei, como acontece com a possibilidade de aplicação de medidas de coacção previstas no CPP, nos termos do art. 18.º, n.º 3, da Lei 65/03”.

O que estes excertos dos arestos portugueses demonstram é a adoção na lei portuguesa de um mecanismo fluido e rápido de entrega de pessoas no espaço da União Europeia, assente no reconhecimento mútuo.

Assim, o mandado de detenção europeu, é aplicado em toda a UE, substituindo os demorados processos de extradição dentro da jurisdição territorial da UE. Além disso, melhora e simplifica os procedimentos judiciais destinados a entregar pessoas para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena.

Na realidade, o mandado de detenção europeu implica procedimentos mais rápidos e mais simples e um fim ao envolvimento. Os países da UE já não podem recusar a entrega, a outro país da UE, dos seus próprios cidadãos que tenham cometido um crime grave ou que sejam são suspeitos de ter cometido tal crime noutro país da UE, com o fundamento de que são nacionais, as ideias de soberania e protecção dos nacionais acabam por se submeter aos princípios da EU.

¹¹² Acórdão do STJ 27-06-2006 disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2e19afc6259c1e198025726c00334b85?OpenDocument&Highlight=0,06P2953%20> (acedido a 12-01-2016).

1.2. Cooperação na União Europeia na investigação criminal

Sobre esta matéria, que é fundamental para uma efetiva cooperação judiciária internacional, tem relevo a Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal. Nessa diretiva, segue-se o “Programa de Estocolmo” que “considerou, que os trabalhos para a criação de um sistema global de obtenção de elementos de prova nos processos de dimensão transfronteiriça, com base no princípio do reconhecimento mútuo, deveriam ser prosseguidos”. E, como se considerou, que “os instrumentos existentes neste domínio constituíam um regime fragmentário e que era necessária uma nova abordagem baseada no princípio do reconhecimento mútuo mas tendo em conta a flexibilidade do sistema tradicional”, decidiu-se criar um sistema global, destinado a substituir todos os instrumentos existentes neste domínio, “que abranja tanto quanto possível todos os tipos de elementos de prova, que contenha prazos de execução e que limite, tanto quanto possível, os motivos de recusa”.

Assim, é criada a figura da decisão europeia de investigação (DEI) que se define como uma decisão judicial emitida ou validada por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro («Estado de emissão») para que sejam executadas noutro Estado-Membro («Estado de execução») uma ou várias medidas de investigação específicas, tendo em vista a obtenção de elementos de prova em conformidade com a presente diretiva.

Também pode ser emitida uma DEI para obter elementos de prova que já estejam na posse das autoridades competentes do Estado de execução (artigo 1.º da Diretiva). A DEI será executada com base no princípio do reconhecimento mútuo. A DEI abrange qualquer medida de investigação, com exceção da criação de uma equipa de investigação conjunta e da obtenção de elementos de prova por essa equipa (artigo 3.º).

Esta Decisão Europeia de Investigação será o instrumento de maior relevância no futuro em termos de cooperação judicial penal na União Europeia.

Nuno Melo, deputado no Parlamento Europeu e um dos relatores que levou à aprovação da Diretiva nessa assembleia é enfático ao escrever no seu relatório que serviu de base à aprovação da norma, que “Esta nova directiva irá revolucionar o regime penal europeu como hoje o conhecemos porquanto se pretende que uma autoridade judiciária de um país possa ordenar a obtenção de elementos de prova noutro país, como seja a audição de testemunhas, buscas e apreensões, intercepções de telecomunicações ou outras, na base do chamado princípio do reconhecimento mútuo”.

Num exemplo, percebe-se, como no caso Freeport ou Madeleine McCain, em que em causa estavam diligências de investigação pelo menos em dois países – Portugal e Inglaterra – fosse aplicável a directiva proposta, um magistrado português ou inglês, poderiam por si só ordenar reciprocamente diligências no outro país, sem necessidade de observância de muitos dos impedimentos legislativos e burocráticos que actualmente existem”¹¹³.

A adoção destas medidas de largo alcance como o MDE e a DEI ao nível da União Europeia, levantam forçosos problemas até porque, assentam num princípio formal a que já fizemos referência: o princípio do reconhecimento mútuo. Como escreve Henrik Alexandersson, “Na União Europeia, há o princípio de se aceitar a aplicação da lei e o devido processo legal em outros Estados membros. Há uma suposição de que o sistema de justiça grego é seguro e confiável, há uma suposição de que a polícia búlgara não é corrupta. Essas suposições, são feitas porque isso é necessário – mesmo que aconteça de serem provados completamente falsos, os pressupostos ainda devem ser preservados. A razão é simples: se não fosse assim, o Mandado de Detenção Europeu não funcionaria de forma alguma (O MDE é uma ferramenta que é abusada fortuitamente nos Estados-membros da Europa nos dias de hoje). Caso contrário, não seria possível propor ferramentas como a Decisão Europeia de Investigação (que, por exemplo, forçaria a polícia sueca a investigar uma mulher irlandesa ou polaca na Suécia suspeita de violar a proibição do aborto em seu país de origem, um direito das mulheres que é sagrado na Suécia). Caso

¹¹³ NUNO MELO. - Decisão Europeia de Investigação – Relatório aprovado no Parlamento Europeu, disponível em http://web.cds.pt/static/index.php%3Foption=com_content&view=article&id=3221:decisao-europeia-de-investigacao--relatorio-de-nuno-melo-aprovado-no-parlamento-europeu&catid=67:europarl&Itemid=124.html (acedido a 18-04-2016)

contrário, a União Europeia não seria capaz de avançar com os seus planos de uma Procuradoria Europeia”¹¹⁴.

Colocam-se, assim, algumas reservas e levantam-se problemas acerca da realidade concreta do MDE, tornando-se importante perceber até que ponto os automatismos podem ou não ser prejudiciais.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DO JULGAMENTO JUSTO

Estes mecanismos de cooperação judiciária internacional assentam como se disse num princípio de reconhecimento mútuo. Contudo, este princípio, como anotámos acima, envolve alguns perigos. Referem e bem Catherine Heard e Daniel Mansell¹¹⁵, que o princípio do "reconhecimento mútuo" está subjacente a esta cooperação: a teoria é que, enquanto as leis e procedimentos penais diferem entre os países da UE, a confiança mútua entre eles permite o reconhecimento mútuo das decisões judiciais de Estado para Estado.

¹¹⁴ HENRIK ALEXANDERSSON. - Princípios europeus do Devido Processo Legal deixados de lado na caça ao fundador do The do Pirate Bay, disponível em <http://partidopirata.org/principios-europeus-do-devido-processo-legal-deixados-de-lado-na-caca-ao-fundador-do-the-do-pirate-bay/> (acedido a 18-04-2016).

¹¹⁵ CATHERINE HEARD E DANIEL MANSELL. - The European Investigation Order: Changing the face of evidence-gathering in EU crossborder cases, Fair Trials International, em linha disponível em https://www.fairtrials.org/documents/NJECL_article_on_EIO.pdf (acedido em 25-04-2016). “.” principle of “mutual recognition” underpins this cooperation: the theory is that, while criminal laws and procedures differ across EU countries, the mutual trust between them allows for mutual recognition of judicial and prosecutorial decisions from state to state. The European Investigation Order (“EIO”) proposes that this principle should now apply to cross-border evidence-gathering. (...) If adopted, it will change the face of evidence-sharing in the EU.” Acrescentando, que “mutual recognition instruments can cause unforeseen injustice for the defence is clear from the European Arrest Warrant (“EAW”), the flagship measure of enhanced prosecutorial cooperation. As cross-border practitioners and students of European Court of Human Rights jurisprudence will tell you, respect for defence rights varies greatly between Member States. This renders essentially illusory the mutual trust that supposedly underlies mutual recognition. Given the major implications, for human rights and fair trials, of the way evidence is gathered and transmitted across borders, it is crucial that the EIO does not embody the same flaws as the inflexible, over-rigid EAW with its inadequate safeguarding of fundamental rights”.

A decisão europeia de investigação ("DEI") propõe que este princípio deve agora aplicado à recolha de prova transfronteiriça. O problema é que estes instrumentos de reconhecimento mútuo podem causar injustiças imprevistas para a defesa, sendo certo que os graus de exigência sobre os direitos humanos na União Europeia ainda são muito díspares. Ao criar-se um mecanismo simples e muito automatizado de entrega de pessoas entre Estados-Membros, bem como de investigações conjuntas e atos de inquérito intrusivos dos direitos fundamentais dos cidadãos, em que a intervenção judicial se limita essencialmente a uma verificação formal, existe a necessidade de garantir que estes mecanismos são utilizados proporcionalmente para que o sistema não seja prejudicado por abusos. As autoridades judiciais dos Estados-Membros da UE devem aplicar uma "verificação da proporcionalidade", considerando a gravidade da infração, a duração da pena e os custos e benefícios.

A ideia de proporcionalidade, é daquelas, que perpassa intensamente o ordenamento jurídico europeu. O princípio da proporcionalidade assegura o equilíbrio entre os interesses em conflito impondo aos operadores judiciais a devida ponderação dos interesses para alcançar a medida adequada¹¹⁶.

O funcionamento de mecanismos comuns, tem forçosamente, que provocar uma acentuação da garantia de julgamentos justos, assegurando normas mínimas na UE relativas aos direitos das pessoas arguidas. Tal, inclui medidas, que estabeleçam regras comuns na UE referentes à interpretação e tradução durante o processo penal e ao direito dos suspeitos a serem informados dos seus direitos, bem como ao direito de ter acesso a um advogado e ao direito de pessoas sob custódia a comunicar com os membros da família e empregadores; a presunção de inocência; o direito à assistência judiciária.

O direito a um julgamento justo (*fair trial*) é basilar na EU, como anota Maria José Rangel de Mesquita¹¹⁷, “o respeito dos direitos de defesa em qualquer processo

¹¹⁶ MÁRIO MONTE, PEDRO MIGUEL FREITAS e MARGARIDA SANTOS. - Os princípios da legalidade e da proporcionalidade in ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.),Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Comentada, Almedina Coimbra, 2013,p.558.

¹¹⁷ MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA. - Direito à ação e a um tribunal imparcial, in ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.),Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Comentada, Almedina Coimbra, 2013, p. 543.

(...) constitui um princípio fundamental de direito comunitário” que dever-se-á, sempre respeitar, independentemente da natureza do procedimento em curso.

Não restam, por isso, dúvidas, que apesar das pretensões de celeridade e simplicidade¹¹⁸ de que se estão a dotar os novos mecanismos de cooperação europeia em matéria penal deverá haver sempre um núcleo intangível material de aspetos a ter em conta nas decisões de emissão e concretização dessa cooperação.

Como em quase todas as questões difíceis do direito, a lei não pode fazer mais do que enumerar princípios e deixar a sua concretização a juízes que se presume que atuem de boa-fé no caso concreto¹¹⁹. Será o julgador quem sempre terá que ter presente que as decisões têm que conter em si mesmo critérios substantivos. Eventualmente, e sem querer aprofundar estereótipos, intui-se que uma decisão de um tribunal germânico oferece mais confiança do que uma decisão de um tribunal húngaro que neste momento atravessa um período de inclinação autoritária, facto público e notório que resulta de vários atos do Parlamento Europeu¹²⁰.

E, nessa medida vamos analisar uma decisão recente muito interessante do julgador português acerca do espaço comum de justiça e as questões que este levanta, designadamente em termos constitucionais e de direitos humanos. Trata-se do Acórdão n.º 48/12.2YREVR.S1 de 05/07/2012 do Supremo Tribunal de Justiça¹²¹, relatado pelo Conselheiro Santos Cabral.

Esse Acórdão debruça-se sobre temas, como se referiu, ligados ao espaço comum de justiça e ao exercício de direitos constitucionais¹²².

¹¹⁸ Cfr. HENRIQUES DA GRAÇA, op. cit. p. 28

¹¹⁹ Cfr. RONALD DWORKIN. - *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 100 e ss.

¹²⁰ Vide Resolução do Parlamento Europeu de 10 de junho de 2015 em linha disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0227+0+DOC+XML+V0//EN> (acedido a 25-04-2016).

¹²¹ ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 05/07/2012 proc. n.º 48/12.2YREVR.S1 disponível em linha em www.dgsi.pt (acedido a 03-05-2016).

¹²² Sumário do Acórdão “I - Os motivos de não execução facultativa não vinculam a autoridade judiciária de execução a não proceder á detenção e entrega, pois conferem-lhe, uma potestas decidendi dentro da liberdade e independência de convicção e de decisão que lhe é comumente reconhecida, mas vinculam-na a perpetrar um juízo jurídico de hermenêutica profundo e de ponderação da tutela de interesses juridicamente protegidos em conflito - a protecção de bens jurídicos em confronto com o crime e a protecção de interesses humanos face ao jus puniendi.

II - A recusa facultativa assenta 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.

III - O mandado de detenção europeu corporiza três características que simbolizam o princípio do reconhecimento mútuo.

IV - A liberdade de opinião e de expressão são indissociáveis: a primeira é a liberdade de escolher a sua verdade no segredo do pensamento, a segunda é a liberdade de revelar a outrem o seu pensamento; liberdades simétricas, têm, necessidade, uma da outra para se desenvolverem e se expandirem.

V - A liberdade de expressão, segundo a jurisprudência do TEDH "constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, o que vale mesmo para as ideias que ferem, chocam ou inquietam; e qualquer restrição a essa liberdade só é admissível se for proporcionada ao objectivo legítimo protegido.

VI - A liberdade de expressão não é, não pode ser, a possibilidade de um exercício sem quaisquer limites alheio à possibilidade de colisão com outros valores de igual ou superior dignidade constitucional. Em Portugal, tal como na Alemanha, existem limites ao exercício do direito de exprimir, e divulgar, livremente o pensamento, e a sua violação pode conduzir à punição criminal ou administrativa. Esses limites visam salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos de tal modo importantes que gozam de protecção, inclusive, penal.

VII - A liberdade de expressão, não pode prevalecer quando o seu exercício violar outros valores aos quais a lei confere tutela adequada. Tais valores tanto podem emanar de uma necessidade de defesa de bens jurídicos radicados na ordem constitucional, e cuja valoração é intuitiva, como podem resultar de uma necessidade de tutela de valores que inscritos no espaço jurídica em que o nosso país se inscreve nomeadamente o comunitário.

VIII - Critério da dupla incriminação, ou da sua ausência, sendo omissa no elenco do artigo 12 da Lei 65/2003, está por alguma forma enunciado no nº 3 do artigo 2º, quando afirma que só é possível a entrega da pessoa reclamada se os factos que justificam a emissão do mandado de detenção europeu constituírem infracção punível pela lei portuguesa, independentemente dos seus elementos constitutivos ou da sua qualificação.

IX - Fundamental na negação do Holocausto é a rejeição do facto de ter existido uma política de perseguição, e extermínio, dos judeus, elaborada pelo estado nacional-socialista alemão, com a finalidade de sua exterminação enquanto povo; que mais de cinco milhões de judeus foram sistematicamente mortos pelos nazistas e seus aliados; e que o genocídio foi realizado em campos de extermínio recorrendo a formas de extermínio em que prevalece a utilização de ferramentas de assassinato em massa, tais como câmaras de gás.

X - Existem duas formas de encarar a maneira de combater o negacionismo: ou no campo das ideias do debate livre, e aberto, ou na valorização do bem jurídico fundamental que está em causa, tutelando-o com o recurso à criminalização. Tal dualidade está bem patente na circunstância de o negacionismo do Holocausto ser explícita ou implicitamente ilegal em dezasseis países, mas não criminalizado noutros países.

XI - A mera difusão de conclusões sobre a existência, ou não, de determinados factos, sem emitir juízos de valor sobre os mesmos, ou a sua ilicitude, não se pode considerar como uma excepção à liberdade de expressão, mas sim como o produto de uma eventual elaboração intelectual, porventura, injustificada ou patética, mas admissível. Falamos, assim, da diferença entre a mera negação do genocídio por contraposição à conduta que comporta uma adesão valorativa ao mesmo crime de genocídio, promovendo-o e exprimindo sobre ele um juízo de apreciação positiva. No mesmo plano se situa a incitação indirecta ao genocídio apresentando-o como justo, ou resultante de alguma espécie de provocação por parte daqueles que foram as suas vítimas. O entendimento de que deve ser penalizada a difusão de condutas justificativas do genocídio como manifestação do discurso do ódio está em

O caso em questão derivou do cumprimento de um pedido de detenção emitido por uma autoridade judicial alemã de um cidadão de nacionalidade alemã. O pedido resultava de um mandado de detenção europeu (MDE) emitido pelo Tribunal Regional de Nuremberg-Furth, na Alemanha, tendo por finalidade o cumprimento, por aquele cidadão, “da pena de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de prisão, em que havia sido condenado, por Agitação criminal contra segmentos da população, insultando comunidades religiosas, difamação pública qualificada/Agravada do Estado, que coincide com o insulto (ofensa/afronta), difamação pública Qualificada/Agravada do Estado, que coincide com o insulto, difamação pública qualificada/agravada do Estado, que coincide com a Agitação criminal contra segmentos da população”¹²³.

O cidadão alemão intitulava-se como nacional-socialista e “Funcionário do Reich Alemão”, e fizera várias declarações em artigos na internet e no âmbito de um discurso público no período do dia 8 de Maio de 2002 e o dia 11 de Janeiro de 2004 difamando a República Federal da Alemanha, fazendo propaganda contra judeus e estrangeiros afrontando outras pessoas. O alemão, declarava, que o Terceiro Reich como ainda existia e afirmava que a República Federal da Alemanha era uma “construção dos ocupantes” e um “regime de vassalos” dos Estados Vencedores, da Segunda Guerra Mundial. Acresce, que desmentia os crimes do Terceiro Reich contra a população judaica.

Detido em Portugal, o arguido alemão afirmou, “que não consente numa sua entrega ao estado requerente e que não renuncia à regra da especialidade” por “não

consonância com as mais recentes aquisições em termos de direito comunitário como é o caso da Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho.

XII - Não contem o vício da inconstitucionalidade a penalização de condutas que, embora não sejam claramente idóneas para incitar directamente à comissão de delitos contra o direito dos povos como o genocídio, supõem uma incitação indirecta ao mesmo ou provocam, de modo mediato, a discriminação, o ódio ou a violência que é precisamente o que permite, em termos constitucionais, o estabelecimento do tipo legal do artigo 240, nº 2 b), do Código Penal.

XIII - A decisão sobre a prestação de garantia nos termos do artigo 13º da Lei 65/2003, depende da resposta formulada ao módulo do formulário pré estabelecido e, nomeadamente, à resposta afirmativa, ou negativa, à pergunta de se o interessado foi notificado pessoalmente, ou por outro modo informado da data e local da audiência. Interpretada a norma pela forma referida a resposta apenas admite uma daquelas alternativas e não uma incursão sobre a notificação dos prazos judiciais que foram fixados, como faz o mandado emitido”.

¹²³ Acórdão do STJ de 05/07/2012 proc. n.º 48/12.2YREVR.S1

haver liberdade de expressão na Alemanha” e “sendo perseguido politicamente”; invocando o artigo 19º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e, requer que lhe seja concedido o Asilo Político, pois está a viver há seis anos em Portugal, considerando-se perfeitamente integrado, por se sentir bem aqui, não existindo perigo de fuga, e até por não possuir meios para se ausentar.

O Tribunal da Relação de Évora já tinha decidido, deferindo a execução do mandado de detenção europeu para entrega do cidadão AA à Alemanha, e é desta decisão que versa o recurso.

É curioso anotar o conteúdo das alegações do cidadão alemão junto do Supremo Tribunal português. Aquele apensa aos autos o documento de rendição da Alemanha assinado pelo Grande Almirante Dönitz, que era então Comandante-Geral Supremo das Forças Militares Alemãs, afirmando, que segundo o documento o que se verificou foi a rendição, incondicional, das Forças Armadas Alemãs perante o Comandante-em-Chefe das Forças Expedicionárias dos Aliados e o Comando Supremo Soviético, e não do governo alemão.

Alega ademais, que o que está em causa é um “delito de opinião” e nada mais, “E, pelo simples facto de, livremente, expressar o seu pensamento, o ora recorrente jamais seria condenado em Portugal, pois é a lei fundamental que defende, nobremente, a liberdade de cada um e a livre expressão da sua opinião”¹²⁴. Contrapondo à norma portuguesa, o arguido afirma que não há a livre expressão do pensamento na Alemanha, mas antes uma forte censura e coação, sobre todos os que querem expressar, livremente, o seu pensamento. Portanto, afirma que a liberdade de expressão é garantida em Portugal e não é na Alemanha, colocando um problema de direitos fundamentais perante a emissão de um MDE.

A resposta do Ministério Público português, segue as linhas tradicionais acima apresentadas acerca da base do MDE e da cooperação no espaço europeu de justiça, afirmando que o Estado de Execução não poderá (nem deverá) pôr em causa a decisão que fundamenta o respectivo pedido, que o Estado de Emissão assegura tratar-se de sentença com força executiva devido ao princípio do reconhecimento e da confiança mútua em que assenta a cooperação europeia em matéria penal. E, o

¹²⁴ Ibidem

M.P., cita um excerto do Acórdão do STJ de 27/05/2010, “O MDE é um instrumento específico que substitui integralmente o processo de extradição dentro da União Europeia. A Lei n.º 65/2003, que o introduziu no nosso ordenamento jurídico, não prevê nenhum processo de revisão de sentença estrangeira, pois tal seria absolutamente contraditório com a razão de ser e função do MDE”. (sublinhado nosso).

Na sua decisão, o ilustre relator exaure a história e a fundamentação da existência do MDE, o que pelo seu valor e autoridade tem interesse citar, “O Tratado de Amesterdão, em vigor desde 1 de Maio de 1999, instituiu o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça - ELSJ (artigo 29.º). A cooperação judiciária em matéria penal, continuou a fazer parte do III Pilar, não tendo sido "comunitarizada", como o foram a cooperação em matéria civil e as matérias de asilo e emigração. Realçam-se as importantes alterações introduzidas a nível da cooperação penal a qual deixou de ser uma cooperação meramente intergovernamental, dado o crescente papel da Comissão e do Parlamento Europeu.

Efectivamente, passou a existir a possibilidade de adopção de decisões-quadro para efeitos de aproximação legislativa (instrumento de contornos semelhantes ao da directiva do I Pilar mas sem efeito directo);

- A Comissão passou a ter direito de iniciativa
- Previu-se, em termos a definir, a participação de autoridades judiciárias e de polícia criminal em acções a realizar no território de um outro Estado Membro;
- A nível das relações externas, o artigo 38 do TUE, veio permitir à União Europeia concluir por, unanimidade, acordos internacionais com Estados terceiros ou organizações internacionais em matérias relevantes do III Pilar.

Por outro lado, o Tratado de Amesterdão integrou o "*acquis* Schengen" no acervo da União Europeia.

Um dos objectivos do Tratado de Amesterdão, foi facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, através da prevenção e combate à criminalidade, organizada ou não,

em especial o terrorismo, o tráfico de seres humanos, os crimes contra as crianças, o tráfico ilícito de armas, o tráfico de droga e o combate à corrupção e à fraude através, quer de uma cooperação mais estreita entre autoridades judiciais e outras autoridades competentes dos Estados Membros, quer da aproximação de disposições de direito penal dos Estados Membros”¹²⁵.

Depois, o douto acórdão, refere que “A importância conferida ao Espaço de Segurança, Liberdade e Justiça pelo Tratado de Amesterdão foi reafirmada pelos Chefes de Estado e de Governo, tendo sido realizado um Conselho Europeu em Tampere, em 15 e 16 de Outubro de 1999, exclusivamente dedicado a estas matérias, cujas conclusões são invocadas como fundamento do trabalho da União Europeia em matéria de cooperação judiciária penal nos últimos cinco anos. Mais do que um mero enunciar de princípios, constituíram um desenvolvimento qualitativo nos trabalhos da União Europeia e um momento essencial na história do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Para além das múltiplas áreas aí elencadas (protecção das vítimas, prevenção da criminalidade, luta contra a criminalidade - Eurojust, Task Force Chefes de Polícia, equipas de investigação conjuntas, Academia Europeia de Polícia, reforço da Europol, Estratégia contra a droga - acção específica contra o branqueamento de capitais), que foram efectivamente incrementadas, foi retomada a ideia de um Plano de Acção para Concretização do ELSJ, tendo-se concluído que o reconhecimento mútuo de decisões se deveria tomar o eixo essencial da cooperação judiciária na União Europeia tanto em matéria penal como em matéria civil, aplicável quer a sentenças judiciais, quer a outras decisões de autoridades judiciais”¹²⁶.

E, conclui sobre este aspeto, que “A instauração de um novo regime simplificado de entrega de pessoas condenadas ou suspeitas para efeitos de execução de sentenças, ou de procedimento penal, permitiu suprimir a complexidade e a eventual morosidade inerentes aos actuais procedimentos de extradição. As relações de cooperação clássicas que, até á criação da referida figura, prevaleciam entre os Estados-Membros deram lugar a um sistema de livre circulação das decisões

¹²⁵ Acórdão do STJ de de 05/07/2012 proc. n.º 48/12.2YREVR.S1

¹²⁶ Idem

judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial, como transitadas em julgado, no espaço comum de liberdade, de segurança e de justiça”¹²⁷. (sublinhado nosso).

Não deixa o aresto, de referir, as palavras de Ulrich Sieber, que alerta para os perigos específicos que uma perseguição penal europeia tem para a proteção de direitos individuais referindo um possível conflito de inúmeros sistemas de processo penal pode particularmente na criminalidade transnacional, originar um prejuízo adicional para o arguido devido aos diversos processos concorrentes.

Anotando o sentido e medida do MDE, o acórdão dedica-se ao problema da compatibilização com os direitos fundamentais, afirmando, que a liberdade de expressão, segundo a jurisprudência do TEDH "constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática, o que vale mesmo para as ideias que ferem, chocam ou inquietam; e qualquer restrição a essa liberdade só é admissível se for proporcionada ao objectivo legítimo protegido"¹²⁸.

E, acrescentando, que “a liberdade de expressão não é, não pode ser, a possibilidade de um exercício sem quaisquer limites alheio à possibilidade de colisão com outros valores de igual ou superior dignidade constitucional”. Daí se conclui, que a “liberdade de expressão não pode prevalecer quando o seu exercício violar outros valores aos quais a lei confere tutela adequada”. Sendo, que “Tais valores tanto podem emanar de uma necessidade de defesa de bens jurídicos radicados na ordem constitucional, e cuja valoração é intuitiva, como podem resultar de uma necessidade de tutela de valores, que inscritos no espaço jurídico em que o nosso país se inscreve nomeadamente o comunitário”¹²⁹.

Nessa medida, o decisor vê-se obrigado a entrar na questão do negacionismo do Holocausto, que argumenta, que este, não passa de uma “construção elaborada com o intuito de favorecer a criação do Estado de Israel e obter avultadas compensações de guerra pagas pela Alemanha a organizações sionistas e, mais

¹²⁷ Ibidem

¹²⁸ Idem

¹²⁹ Ibidem

recentemente, para criar uma certa complacência da opinião pública mundial perante a ocupação por Israel de territórios palestinos”¹³⁰.

Sabidamente, Santos Cabral escreve, que existe suficiente evidência histórica, que prova que existiu o assassinato de judeus em massa durante a Segunda Guerra Mundial, contudo se alguém não acredita em tais provas “não será convencido do contrário por força de uma lei. Na melhor das hipóteses, sentir-se-á ameaçado de dizer publicamente o que realmente pensa”. E, mais afirma, “Com a experiência de um século de regimes totalitários baseados em grandes mentiras, não podemos mais ter o magnífico optimismo que o poeta inglês John Milton tinha em relação à verdade no século XVII: “Deixem que a verdade e a mentira lutem entre si; alguém já viu a verdade levar a pior num encontro livre e aberto com a mentira?”

Contudo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, considerou, que não se pode entender legitimada pela liberdade de expressão a negação do Holocausto na medida em que a mesma implique um propósito "de difamação contra os judeus e incitação ao ódio contra os mesmos" (Decisão Garaudy c. Francia, de 24 de Junho de 2003). No entanto, refere ainda que “para invocar a exceção à garantia dos direitos, prevista no art.º 17 CEDH, é preciso comprovar a vontade expressa daqueles que pretendem amparar-se na liberdade de expressão para destruir com o seu exercício as liberdades, e o pluralismo, ou atentar contra as liberdades reconhecidas na Convenção. Assim, só na modalidade do denominado "discurso do ódio", é que não terá cobertura no direito à liberdade de expressão. No caso concreto, o juiz considera, que o cidadão alemão “não se limitou a negar a existência de um crime contra a humanidade, como é o genocídio, mas emitiu um juízo valorativo negativo e ofensivo da dignidade das vítimas considerando o mesmo como a maior mentira da história da humanidade”¹³¹.

E, tendo em conta o exposto, o STJ acaba por conceder a extradição à República Federal da Alemanha e cumprir o MDE.

Não se debruçando, este aresto, sobre um caso de terrorismo ou de criminalidade organizada, outrossim sobre uma questão de liberdade de expressão,

¹³⁰ Acórdão do STJ de de 05/07/2012, proc. n.º 48/12.2YREVR.S1

¹³¹ Idem

coloca o enfoque na compatibilização entre os direitos fundamentais e o automatismo do MDE.

Não nos arrogando da sapiência do Colendo Conselheiro Santos Cabral, não poderemos deixar de ter dúvidas sobre a sua decisão, quando o mesmo cita Milton, o patamar poético da liberdade de expressão. Para que serve Milton se em casos extremos se busca e encontra uma justificação para a compressão da liberdade de expressão. De facto, este acórdão coloca uma questão, que abordaremos apenas nas conclusões deste trabalho, que é a de se dever considerar que a extensão necessária da cooperação judiciária internacional, devido ao incremento do terrorismo e da criminalidade organizada, não se estar a levar a uma erosão generalizada das liberdades fundamentais e se não se deveria procurar uma solução alternativa que compatibilizasse todos os objetivos da vida numa sociedade democrática e livre.

3. COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA UNIVERSAL: O CASO NORTE-AMERICANO

Apesar dos perigos anotados, a cooperação judiciária em matéria penal que está a ser desenvolvida pela União Europeia, resulta de um esforço conjunto dos vários Estados-membros. Uma aproximação diferente, tem sido seguida pelos Estados Unidos da América, sobretudo motivada pelos acontecimentos terroristas do 11 de setembro, e todos os eventos que se têm seguido.

Shahidullah¹³² é muito claro quando escreve, que o 11 de setembro implicou uma mudança fundamental na política criminal dos EUA que se transformou numa questão de segurança nacional com uma abrangência global, e ligado ao terrorismo todos os aspetos de branqueamento e transferência de capitais^{133, 134}.

¹³² SHAHID M. SHAHIDULLAH. - Crime Policy in America: Laws, Institutions, and Programs, University Press of America, Maryland, 2016, p.371

¹³³ Schmallegger, reflete essa globalização Americana, quando escreve, “*The globalization of crime has necessitated the enhanced coordination of law enforcement efforts in different parts of the world and the expansion of American law enforcement activities beyond national borders*”

Além do mais, os Estados Unidos declaram estar comprometidos com a luta global contra a corrupção e, tentam garantir, que os líderes corruptos não possam buscar refúgio seguro para os seus bens roubados no país e que os bens roubados são recuperados e devolvidos às vítimas de corrupção¹³⁵.

Em 2010, o Departamento de Justiça (DOJ) lançou a Iniciativa contra a Cleptocracia e Recuperação de Ativos¹³⁶, que é um instrumento reforçado de cooperação internacional em matéria judicial e que vamos analisar a título de exemplo.

A iniciativa é encabeçada pela Seção Confisco de Ativos e Lavagem de Dinheiro do DOJ (AFMLS), que estabeleceu uma equipa de advogados, investigadores e peritos financeiros responsáveis pela investigação e repressão de casos de recuperação de ativos, baseada em sucessos anteriores dos Estados Unidos na apreensão a cleptocratas na América Latina, Ásia e África.

Desde 2004, os Estados Unidos recuperaram e retornaram mais de US \$ 168 milhões para vítimas no exterior, trabalhando em estreita colaboração com a aplicação da lei e funcionários judiciais em todo o mundo.

Portanto, os Estados Unidos, de certa maneira colocam-se à disposição dos outros países no trabalho de recuperação de ativos, sendo, que se arrogam a um direito potestativo de intervenção sempre que os movimentos financeiros, sejam realizados em dólares norte-americanos¹³⁷.

A cooperação internacional dos Estados Unidos, é definida pela sua própria lei e estende-se à ajuda dos outros países na recuperação de ativos, incluindo a assistência na investigação e rastreamento de ativos, congelamento, apreensão e confisco. E, começa por ser definida através daquilo a que a lei americana chama a cooperação informal.

¹³⁴ FRANK SCHMALLEGER. - Criminal Justice Today, 7th Ed. Prentice-Hall, New Jersey, 2003, p. 684.

¹³⁵ FBI-FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. - *International Corruption*. International Corruption Unit (ICU) Overview, disponível em <https://www.fbi.gov/about-us/investigate/corruption/international-corruption> (acedido a 19-04-2016).

¹³⁶ Idem

¹³⁷ FBI-FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. - *International operations*, disponível em https://www.fbi.gov/about-us/international_operations/overview (acedido a 19-04-2016).

Os Estados Unidos, têm numerosos adidos policiais e do FBI destacados no estrangeiro que podem facilitar a assistência em apoio a investigações de outros países¹³⁸.

A fim, de recuperar o produto da corrupção, que ou foi realizada nos Estados Unidos ou movido através dos Estados Unidos, uma jurisdição estrangeira deve primeiro ser capaz de identificar os bens ou ajudar os Estados Unidos a identificar os ativos. Há uma variedade dos mecanismos, através dos quais, os Estados Unidos podem ajudar na identificação e deteção de bens criminalmente derivados.

O primeiro passo disponível para uma jurisdição estrangeira na identificação de ativos nos Estados Unidos é muitas vezes solicitar assistência numa investigação informal. Os Estados Unidos podem oferecer suporte a uma investigação externa usando medidas de investigação de rotina, tais como entrevistas de testemunhas, a fiscalização visual, pesquisas de registos públicos Para solicitar este tipo de assistência, as autoridades no estrangeiro devem entrar em contacto com adidos dos EUA nos seus respetivos países.

Além do mais, os Estados Unidos são membros de um certo número de redes de profissionais relacionados com a recuperação dos produtos da corrupção, ou produtos do crime de forma mais geral, incluindo a Rede Interagências Camden de Recuperação de Ativos, e a Iniciativa Focal Point de Recuperação de Ativos. Todas estas redes facilitam a assistência na investigação e cooperação informal¹³⁹.

Esta chamada cooperação internacional é muito interessante pois os EUA de alguma maneira formalizam a informalidade, criando um mecanismo muito prático de assistência investigativa, que com os meios que dispõem, muitas vezes pode ser o suficiente para uma pista bem sólida.

Além da assistência informal, também existem mecanismo formais que redundam nos tradicionais métodos, assentes em tratados e convenções internacionais, e na própria lei interna. O organismo norte-americano para a cooperação formal é o OIA (Office of International Affairs) que se situa no DOJ e centraliza todas os pedidos externos.

¹³⁸ Idem

¹³⁹ Ibidem

Em 2014, a Alstom - uma empresa francesa de energia, declarou-se culpada num tribunal federal dos EUA de se envolver num esquema generalizado de suborno no estrangeiro, envolvendo dezenas de milhões de dólares. A empresa concordou em pagar uma multa recorde de US \$ 772 milhões para resolver as acusações.

A empresa violou a lei norte-americana Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), aprovada em 1977, que pune empresas e pessoas norte-americanas, bem como empresas estrangeiras com certos laços dos EUA por subornar funcionários estrangeiros para obter ou manter negócios no exterior. Passou a ser prática norte-americana, levar esses crimes de suborno no estrangeiro muito a sério porque têm a capacidade de afetar os mercados financeiros norte-americanos, o crescimento económico e de segurança nacional, para além de também perturbarem o sistema internacional de livre mercado através da promoção de comportamento anti competitivo e, em última instância, coloca os consumidores pagar mais¹⁴⁰.

Os incidentes de suborno estrangeiro estão cada vez mais ligados a um tipo de corrupção governamental conhecido como cleptocracia, que é quando altos dirigentes roubam os seus próprios cofres públicos em detrimento dos seus cidadãos. E isso é basicamente o que vários dirigentes estrangeiros fazem quando aceitam subornos na sua capacidade oficial para ganho pessoal, às vezes usando o sistema bancário EUA para ocultar e / ou lavar os seus rendimentos criminosos¹⁴¹.

Mas, os casos de corrupção internacionais são complexos, porque a atividade criminosa geralmente ocorre fora de os EUA. No entanto, os membros das forças da ordem norte-americana seguem um princípio básico que é o de seguir o rasto do dinheiro nesses crimes, e têm à sua disposição uma série de instrumentos de investigação como escutas autorizadas pelo tribunal, as operações encobertas, informantes, e fontes. Para as investigações internacionais, desempenham um papel

¹⁴⁰ DEPARTMENT OF JUSTICE. - Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Bribery Charges, disponível em <https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery> (acedido a 19-04-2016).

¹⁴¹ LAURENCE COCKCROFT. - Global Corruption: Money, Power, and Ethics in the Modern World, Tauris, London, 2014, p. 17- ss.

muito importante a rede de assessores jurídico-policiais que os EUA têm espalhados pelo mundo¹⁴².

A cooperação judicial norte-americana rege-se pois por critérios muito práticos e encontra-se sobretudo vocacionada para o combate ao terrorismo, corrupção e branqueamento de capitais¹⁴³. Como refere Jonathan White¹⁴⁴, após o 11 de setembro a política americana virou-se para um conceito acima dos outros, que é o de "Manter o país seguro"¹⁴⁵. E através da introdução de um elemento de ligação à sua soberania, o uso da moeda, os norte-americanos desenvolveram um quadro de intervenção criminal a nível global, basta usar o dólar norte-americano, para as agências norte-americanas se sentirem com jurisdição¹⁴⁶.

¹⁴² FBI-FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. - Crime and terror have gone global. And so have we. Disponível em https://www.fbi.gov/about-us/international_operations (acedido a 19-04-2016).

¹⁴³ FRANK SCHMALLEGGER, op. cit. p.720.

¹⁴⁴ JONATHAN WHITE, op. cit. p. 472.

¹⁴⁵ "keeping the country safe". The concept was formed in the wake of a jihadist attack, but it has expanded beyond September 11. Basically, homeland security protects lives, property, and infrastructure. It is designed to secure the United States".

¹⁴⁶ Ver Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e a análise apresentada por JAMES KILLICK, How US laws can apply, 2014 em linha em <http://www.whitecase.com/publications/insight/how-us-laws-can-apply> (acedido a 19-04-2016) que se transcreve em detalhe pela sua importância para o entendimento do funcionamento da lei norte-americana:

"Means or Instrumentality of Interstate Commerce

Many US laws — including the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) in certain circumstances and various antifraud statutes — may establish jurisdiction over a crime whenever it involves the use of any "means or instrumentality of interstate or foreign commerce." The term is broadly defined by US authorities and may cover any communication or movement that crosses state or international borders, including wire transfers, emails, phone calls, mail and travel. Given the reach of US commerce, from free email servers to correspondent banks that clear US dollars for non-US based banks, such a broad definition can significantly increase the reach of US law. Furthermore, according to US authorities, a defendant company or individual need not use the means or instrumentality of interstate commerce themselves — it may be enough for them to have "caused" the use, such as an instruction being sent to one person, who then forwards it to another, through email servers in the United States.

Transit of money through the United States on the way from one non-US location to another non-US location may be enough to create US criminal jurisdiction.

Conspiracy

Conspiracy law may subject non-US companies or individuals who have not committed an act within the United States to US criminal jurisdiction. Under long established principles of criminal liability, a conspirator may be liable for a coconspirator's acts, as well as for any "reasonably foreseeable" offenses committed by a coconspirator. If the United States can establish jurisdiction over a single conspirator, it may have jurisdiction over all conspirators, whether companies or individuals, wherever they may be found.

In certain circumstances, a conspirator need not have participated in or even known about the underlying criminal offense committed by a coconspirator to be liable. Moreover, unlike conspiracy law in some other countries, under US criminal law, a company can "conspire" with its employees, so corporate crime in the United States may result in a prosecutable conspiracy.

Agent Liability

A company or an individual also may be prosecuted under some US laws, if the company or individual is found to have acted as the "agent" of a company or individual that falls under US jurisdiction. For example, a Japanese trading company was recently prosecuted for violating the FCPA's anti-bribery provisions as the "agent" of a US company, even though the trading company did not act within the United States. A company potentially also may be liable for third parties' actions if those third parties acted on the company's behalf and for the company's benefit. Similarly, under the principle of respondeat superior, a company employee who is acting within the scope of his or her employment, and for the benefit of the company, is considered an agent of the company. If they commit a crime connected to their employment, the company may be criminally liable as well.

A company may be liable for another's conduct under the corporate liability principles of "alter ego" or "piercing the veil". For example, a parent company may be liable for its subsidiary's acts if it can be shown that the subsidiary was acting as the "alter ego" — or under the control of — the parent. If a subsidiary outside the United States is determined to be an "alter ego" of the parent, US authorities may be able to "pierce the veil" of legal separation between the companies, and, if so, the foreign company's actions can be treated as if they were committed by the US company. Once an alter ego relationship is shown to exist, either in general or in a specific instance, the subsidiary's conduct and knowledge may be attributed to the parent.

Following the Money: Money laundering and sanctions

US law makes it a criminal offense to engage in or attempt to engage in a financial transaction involving funds that are known to be the proceeds of certain unlawful activities, or to engage in a financial transaction that provides funds for the commission of a crime (such as terrorist financing or sending a bribe payment). This offense is called "money laundering," and non-US corporations and foreign nationals may be subject to prosecution under US federal anti-money laundering statutes if they are involved in the transfer or attempted transfer of illegally obtained funds or funds used to further criminal activity.

Money laundering offenses can be as serious as the underlying offenses they promote. Each financial transaction can be considered a separate offense and is punishable by substantial fines and possible imprisonment. Additionally, funds and other property involved in money laundering may be frozen or seized by US enforcement authorities, or subject to forfeiture.

In prosecuting money laundering offenses, the US Department of Justice takes the position that jurisdiction exists over a financial transaction if the laundering is completed by a US citizen anywhere in the world, or by a foreign national or non-US corporation if the criminal conduct occurs in part in the United States—even if the foreign individual or company never themselves took an action in the United States, or intended for an act to occur there.

This broad jurisdiction can greatly expand the reach of the US money laundering statutes. For example, US corporations and individuals potentially may be prosecuted for money laundering offenses involving financial transactions that occur wholly outside the United States. US courts have held that the financial transaction requirement is satisfied for a wholly foreign transaction if the defendant's conduct "affected" foreign commerce with the US — such as in antitrust matters. Virtually every dollar-denominated transaction potentially implicates US commerce with other nations. While there does need to be an actual US nexus for money laundering laws to apply — the dollars being cleared through a US correspondent bank, for example — and there are dollar-denominated transactions that have no such tie, US enforcement authorities increasingly operate on the assumption (unless convinced otherwise) that they have jurisdiction for such offenses whenever a suspect transaction is denominated in US dollars.

The jurisdiction potentially created by clearing US dollars through a US bank can also significantly extend the reach of US sanctions laws. Sanctions can prohibit or restrict doing business with countries (such as Cuba, Sudan, and Iran), individuals or companies referred to as "specially designated nationals" or "SDNs," which are 'blocked' parties subject to a US asset freeze, and entities placed on the "Sectoral Sanctions Identifications List" (SSI List), as in the case of the Ukraine-related sectoral sanctions. Sanctions regimes typically cover all "US persons," but what qualifies as a US person may change from one sanctions regime to the next, as each set of sanctions varies slightly. Generally, it includes any US citizen or permanent resident and any US company, wherever they are in the world, as well as any person physically in the United States. In addition, in certain instances US sanctions may reach non-US subsidiaries of US companies. This may mean that the clearing of dollars through a US bank may be enough to create US jurisdiction over subject transactions.

The location of funds outside the United States does not necessarily mean they are beyond the reach of US enforcement authorities. Under US law, the proceeds of criminal offenses — including some offenses that occur entirely overseas — may be subject to forfeiture and may be frozen and eventually

4. COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NA CPLP

Fundada em 17 de julho de 1996, a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, CPLP, engloba os oito países do mundo com língua oficial portuguesa: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe e Timor Leste (que entrou 2002, após a sua independência), além da Guiné-Equatorial, admitida em 2014, embora este país tenha estado desligado de Portugal e da lusofonia desde o século XVIII¹⁴⁷.

Na CPLP - Comunidade de Países de Língua Portuguesa, foi instituído, aquilo a que se chamou a rede judiciária e que foi definida pela própria da seguinte forma: A Rede Judiciária da CPLP e que compreende duas unidades distintas:

- Uma unidade de cooperação judiciária internacional na área penal; e
- Uma unidade de cooperação judiciária internacional na área civil e comercial.

Na sua constituição formal, a Rede Judiciária da CPLP é integrada por pontos de contacto sediados em cada país e é assistida por um Secretariado permanente.

A Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa é uma estrutura dinâmica, de carácter horizontal e caracteriza-se pela sua flexibilidade e pelo seu modo informal de funcionamento”.

Este projecto, foi estabelecido pela “Conferência de Ministros dos Países de Língua Portuguesa” em 2005, e pretendia, imitando os mecanismos então em vigor na EU criar uma rede de pontos de contacto para a cooperação jurídica e judiciária (na área penal, na área civil) internacional entre o Estados membros da CPLP. Nos

seized by US authorities through forfeiture actions initiated in US courts. With a judgment of forfeiture issued by a US court in hand, US authorities may be able to freeze not only funds located in US bank accounts, but also funds deposited in foreign bank accounts in view of the increasing cooperation among and between enforcement authorities in different countries”

¹⁴⁷ Cf. Tratado de El Prado de 1778.

termos definidos pelas Autoridades respectivas a¹⁴⁸, “A RJCPLP visa: facilitar, agilizar e criar condições mais favoráveis à cooperação judiciária e jurídica entre os Estados membros, sem prejuízo das suas competências próprias; construir um sistema integrado e actualizado de informação sobre os diferentes sistemas jurídicos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, bem como sobre a cooperação jurídica e judiciária internacional; estabelecer relações com organismos internos e internacionais e colaborar em iniciativas de formação levadas a cabo pelos Estados membros ou por organismos internacionais; promover a aplicação efectiva e prática das convenções de cooperação jurídica e judiciária internacional em vigor entre dois ou mais Estados membros”.

Para o que nos interessa tem relevo a unidade de cooperação judiciária internacional na área penal.

Neste âmbito, tem especial importância a Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade, dos Países de Língua Portuguesa, assinada na Cidade da Praia em 23 de Novembro de 2005 aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 49/2008¹⁴⁹.

Desta Convenção, resulta, do seu artigo 1.º, que os Estados se obrigam a entregar, reciprocamente, as pessoas que se encontrem nos seus respetivos territórios e que sejam procuradas pelas autoridades competentes de outro Estado, para fins de procedimento criminal ou para cumprimento de pena privativa da liberdade por crime cujo julgamento seja da competência dos tribunais do Estado que requiere a extradição.

O artigo 3.º torna inadmissíveis a extradição em algumas situações:

- a)** Quando se tratar de crime punível com pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física;

¹⁴⁸ REDE JUDICIÁRIA DA CPLP disponível em <http://www.rjcplp.org/RJCPLP/sections/pagina-inicial> (acedido a 18-04-2016).

¹⁴⁹ Aviso n.º 183/2011, de 11/08/2011 que inform,a que a Convenção já se encontra em vigor para a República de Moçambique, para a República Democrática de São Tomé e Príncipe e para a República Federativa do Brasil desde 1 de Junho de 2009, para a República de Angola desde 1 de Janeiro de 2011 e para a República Democrática de Timor-Leste desde 1 de Maio de 2011.

- b)** Quando se tratar de crime que o Estado requerido considere ser político ou com ele conexo. A mera alegação de um fim ou motivo político não implicará que o crime deva necessariamente ser qualificado como tal;
- c)** Quando se tratar de crime militar que não constitua simultaneamente uma infração de direito comum;
- d)** Quando a pessoa reclamada tiver sido definitivamente julgada, indultada, beneficiada por amnistia ou objeto de perdão no Estado requerido com respeito ao facto ou aos factos que fundamentam o pedido de extradição;
- e)** Quando a pessoa reclamada tiver sido condenada ou dever ser julgada no Estado requerente por um tribunal de exceção;
- f)** Quando se encontrarem prescritos o procedimento criminal ou a pena em conformidade com a legislação do Estado requerente ou do Estado requerido.

No artigo 4.º refere-se que facultativamente a extradição pode ser recusada quando:

- a)** A pessoa reclamada for nacional do Estado requerido;
- b)** O crime que deu lugar ao pedido de extradição for punível com pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida;
- c)** A pessoa reclamada estiver a ser julgada no território do Estado requerido pelos factos que fundamentam o pedido;
- d)** A pessoa reclamada não puder ser objeto de procedimento criminal em razão da idade;
- e)** A pessoa reclamada tiver sido condenada à revelia pela infracção, que deu lugar ao pedido de extradição, exceto se as leis do Estado requerente lhe assegurarem a possibilidade de interposição de recurso, a realização de novo julgamento ou outra garantia de natureza equivalente.

Além da reciprocidade, esta Convenção está submetida também ao princípio da especialidade¹⁵⁰ que falamos anteriormente.

A questão que aqui se coloca, é a da extradição de nacionais de uns Estados para outros Estados. Em Portugal, a Constituição determina no seu artigo 33.º, n.º 3, que “A extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo”.

Assim sendo, a CRP, tem que se sobrepor ou impor uma interpretação restritiva do artigo 4.º da Convenção da CPLP, pois como afirmam Jorge Miranda e Rui Medeiros, “quanto à extradição de cidadãos nacionais, a Constituição apenas a admite excepcionalmente (na medida em que o princípio da extradição de nacionais foi, por assim dizer, um princípio natural de qualquer Estado e que, até à Revisão Constitucional de 1997, estava também consagrado na nossa Constituição)¹⁵¹”.

Os princípios básicos para a extradição de um nacional português, são a reciprocidade e a existência de um crime tipificado como terrorismo ou criminalidade internacional organizada.

Como escreve Fernanda Palma, “há uma tensão manifesta entre a necessidade de o Direito se validar para além do território de um Estado, num plano supranacional, e a necessidade de adquirir validade democrática nas fronteiras de

¹⁵⁰ Artigo 6.º que dispõe:

1 - A pessoa entregue não será detida, julgada ou condenada, no território do Estado requerente, por outros crimes cometidos em data anterior à solicitação de extradição, e não constantes do pedido, salvo nos seguintes casos:

a) Quando a pessoa extraditada, podendo abandonar o território do Estado Contratante ao qual foi entregue, nele permanecer voluntariamente por mais de 45 dias seguidos após a sua libertação definitiva ou a ele voluntariamente regressar depois de tê-lo abandonado;
b) Quando as autoridades competentes do Estado requerido consentirem na extensão da extradição para fins de detenção, julgamento ou condenação da referida pessoa em função de qualquer outro crime.

2 - Para os efeitos da alínea b) do número anterior, o Estado requerente deverá encaminhar ao Estado requerido pedido formal de extensão da extradição, cabendo ao Estado requerido decidir se a concede. O referido pedido deverá ser acompanhado dos documentos previstos no n.º 3 do artigo 10.º e de declarações do extraditado, prestadas em juízo ou perante autoridade judiciária, com a devida assistência jurídica.

3 - Se a qualificação do facto constitutivo do crime que motivou a extradição for posteriormente modificada no decurso do processo no Estado requerente, a ação não poderá prosseguir, a não ser que a nova qualificação permita a extradição.

¹⁵¹ JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, op.cit,p.750.

cada Estado”¹⁵². Esta questão levanta-se a propósito da confiança mútua, que tem que existir entre os vários Estados para permitir a facilitação da cooperação numa matéria tão sensível como a penal.

Em relação a vários Estados subscritores desta Convenção, não se torna claro que exista um Estado de Direito em pleno funcionamento¹⁵³, pelo que será duvidoso permitir e facilitar a assistência penal de modo demasiado expedito. Este problema coloca-se com ênfase ao nível da cooperação judiciária com os países da CPLP.

O problema, que referimos ao nível da cooperação internacional relativamente aos mecanismos quase automáticos criados na União Europeia, colocam-se, também, embora aqui ainda estejamos no patamar anterior a propósito da cooperação na CPLP. A democracia e o respeito dos direitos fundamentais não é apanágio de alguns dos membros da CPLP e por isso haverá sempre dificuldades na avaliação concreta dos pedidos.

No entanto, a presente (abril de 16) situação em Angola, em que vários autores referem não existir Estado de Direito, enquanto outros afirmam o contrário¹⁵⁴, levanta dificuldades acrescidas na criação de mecanismos de cooperação judiciária internacional no espaço lusófono, sobretudo atendendo a que as salvaguardas constitucionais não têm a exigência que existia anteriormente a 1997.

Luís Elias, refere ao nível da cooperação técnico – policial, que “A CTP ao nível da comunidade lusófona pode revestir a vertente de formação, assessoria dos quadros locais e capacitação institucional. A pouca aposta no financiamento/doação de equipamento ou apoio na requalificação ou construção de infraestruturas, bens ou

¹⁵²FERNANDA PALMA. - Internacionalização do Direito Penal,in Direito Penal Internacional, TPI e a perspectiva da África de Língua Oficial Portuguesa, KAI AMBOS, FERNANDA PALMA,AUGUSTO SILVA DIAS, PAULO SOUSA MENDES (org.). INCM, Lisboa, 2015, p. 25

¹⁵³ JORGE MIRANDA, A Constituição de Angola de 2010, disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/583-502.pdf> (acedido a 19/04/2016),p.42-43 levanta dúvidas se a Constituição Angolana garante um Estado de Direito Democrático ou se assemelha mais à “monarquia cesarista francesa de Bonaparte, a república corporativa de Salazar segundo a Constituição de 1933, o governo militar brasileiro segundo a Constituição de 1967-1969, vários regimes autoritários africanos”

¹⁵⁴ Ver JORGE MIRANDA supra e JORGE BACELAR GOUVEIA que escrevem “A natureza democrática do Estado Angolano, não suscitando qualquer espécie de dúvida, não deixa de ser solenemente proclamada nos preceitos iniciais do respetivo articulado constitucional, princípio democrático que na CA, se assume como um princípio geral de Direito Constitucional, atravessando todo o seu articulado”. In Direito Constitucional de Angola. Lisboa/ /Luanda: IDILP, 2014,p.193.

serviços para as forças de segurança tem constituído um dos pontos menos fortes da cooperação portuguesa e da CCTP em particular, na medida em que se tem investido sobretudo no capital humano, o que constitui um fator de desvantagem competitiva em relação a outros países doadores.

A questão, é que a formação, sem ser apoiada com o suporte material, é menos atrativa, tornando-se a cooperação menos sustentada e sustentável do que a opção de apoio global ou «de pacote completo» (assessoria, formação e equipamento), pelo que, na nossa opinião, a estratégia da CTP deverá procurar investir em paralelo na componente material, à semelhança de outros países doadores, de acordo com as necessidades dos países recetores.

Neste âmbito, sublinha-se a importância dos oficiais de ligação do MAI para o incremento da CTP pelo seu papel de contacto permanente com as entidades de segurança interna dos estados onde se encontram a desempenhar funções, bem como no acompanhamento da execução dos projetos de CTP. Na presente data, encontram-se nomeados oficiais de ligação do MAI nas embaixadas de Portugal em Angola, Cabo Verde, Espanha, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe, Timor-Leste e na Representação Permanente (REPER) junto da UE. Existem ainda oficiais de ligação de imigração em Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Rússia e Senegal”¹⁵⁵.

¹⁵⁵ LUÍS ANDRÉ ELIAS. - AS dimensões externas da segurança interna. A Externalização da Segurança Interna as dimensões global, europeia e lusófona. Relações Internacionais, n.º.40 Lisboa dez. 2013, 9-29, p. 28.

5 - ORGANIZAÇÕES DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL: EUROJUST, EUROPOL E INTERPOL

Na esteira do que temos vindo a descrever acerca dos mecanismos de cooperação judiciária internacional, foram já estabelecidas algumas organizações com carácter permanente, com vista à institucionalização dessa cooperação.

Vamos referir três destas organizações. Eurojust, Europol e Interpol.

A Eurojust é uma unidade de cooperação judiciária dentro da União Europeia, que começou a ser preparada reunião do Conselho Europeu de Tampere, Finlândia em 15 e 16 Outubro de 1999 dedicada à criação do Espaço de Liberdade, Justiça e Segurança da União Europeia. Foram os ataques do 11 de Setembro de 2001 ocorridos nos Estados Unidos que levaram à aceleração da criação da Eurojust como unidade de coordenação judicial. Assim, através da Resolução 2002/187/JHA, o Conselho Europeu criou a Eurojust¹⁵⁶. Desde essa época, a tendência foi sempre o do reforço da Eurojust e das suas capacidades. Hoje esta unidade está consagrada no Tratado de Lisboa, no capítulo 4.º, artigos 85.º e 86.º¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cfr. EUROJUST. - History of Eurojust, disponível [online] em <http://www.eurojust.europa.eu/about/background/Pages/history.aspx> (consultado a 16-06-2016)

¹⁵⁷ ARTIGO 85.º

1. “A Eurojust tem por missão apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da ação penal em matéria de criminalidade grave que afete dois ou mais Estados-Membros ou que exija o exercício de uma ação penal assente em bases comuns, com base nas operações conduzidas e nas informações transmitidas pelas autoridades dos Estados-Membros e pela Europol. Neste contexto, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, determinam a estrutura, o funcionamento, o domínio de ação e as funções da Eurojust. As funções da Eurojust podem incluir:

a) A abertura de investigações criminais e a proposta de instauração de ações penais conduzidas pelas autoridades nacionais competentes, em especial as relativas a infrações lesivas dos interesses financeiros da União;
b) A coordenação das investigações e ações penais referidas na alínea a);
c) O reforço da cooperação judiciária, inclusive mediante a resolução de conflitos de jurisdição e uma estreita cooperação com a Rede Judiciária Europeia.

Esses regulamentos definem igualmente as modalidades de associação do Parlamento Europeu e dos Parlamentos nacionais à avaliação das atividades da Eurojust.

2. No âmbito do exercício das ações penais a que se refere o n.º 1 e sem prejuízo do artigo 86.º, os atos oficiais de procedimento judicial são executados pelos agentes nacionais competentes.

ARTIGO 86.º

Vê-se, da análise destes preceitos, que a Eurojust é o embrião de uma futura Procuradoria Europeia destinada a combater as fraudes financeiras contra a União Europeia e a criminalidade organizada. Neste momento o seu papel é de apoiar e reforçar a cooperação judicial no espaço europeu.

Em termos formais, a Eurojust tem como objetivos:

“— Estimular, promover e melhorar a coordenação entre essas autoridades no âmbito das investigações e da ação penal envolvendo dois ou mais Estados-Membros.

— Melhorar a cooperação entre as autoridades judiciárias competentes de dois ou mais Estados-Membros, facilitando o funcionamento do auxílio judiciário mútuo e a execução de Mandados de Detenção Europeu ou de outros instrumentos que aplicam o princípio do reconhecimento mútuo.

— Apoiar as autoridades judiciárias nacionais, tendo em vista reforçar a eficácia das investigações e da ação penal em que estejam envolvidos dois ou

1. A fim de combater as infrações lesivas dos interesses financeiros da União, o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com um processo legislativo especial, pode instituir uma Procuradoria Europeia a partir da Eurojust. O Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.

Caso não haja unanimidade, um grupo de pelo menos nove Estados-Membros pode solicitar que o projeto de regulamento seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo no Conselho. Após debate, e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projeto ao Conselho, para adoção.

No mesmo prazo, em caso de desacordo, e se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projeto de regulamento 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.

2. A Procuradoria Europeia é competente para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento, eventualmente em articulação com a Europol, os autores e cúmplices das infrações lesivas dos interesses financeiros da União determinadas no regulamento a que se refere o n.º 1. A Procuradoria Europeia exerce, perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros, a ação pública relativa a tais infrações.

3. Os regulamentos a que se refere o n.º 1 definem o estatuto da Procuradoria Europeia, as condições em que esta 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 processuais que a Procuradoria Europeia realizar no exercício das suas funções.

4. O Conselho Europeu pode, em simultâneo ou posteriormente, adotar uma decisão que altere o n.º 1, de modo a tornar as atribuições da Procuradoria Europeia extensivas ao combate à criminalidade grave com dimensão transfronteiriça, e que altere em conformidade o n.º 2 no que diz respeito aos autores e cúmplices de crimes graves que afetem vários Estados-Membros. O Conselho Europeu delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu e após consulta à Comissão.

mais Estados-Membros e, também, da cooperação com Estados não membros da União Europeia”¹⁵⁸.

Dedica-se, sobretudo, em termos materiais, às formas mais graves de criminalidade, que é competência, também, da Europol¹⁵⁹. E a pedido das autoridades de Estados-Membros pode atuar relativamente a outros crimes não inseridos neste catálogo.

Cada um dos 28 Estados-Membros destaca um nacional, procurador, juiz, ou oficial de polícia com competências equivalentes, que agirão centralmente a partir de Haia.

Como se viu, em articulação com a Eurojust, existe a Europol. A Europol é um serviço europeu de polícia, que entrou em funcionamento em 1 de julho de 1999, e que está sediado também em Haia.

A Europol não é uma estrutura policial autónoma e própria que se sobrepõe às polícias dos Estados-Membros, do género que será encontrado num Estado Federal, por exemplo: FBI, polícia do Estado de Nova Iorque. É antes uma estrutura de obtenção de informação, análise da mesma e partilha. Não tendo poderes de prender ou operar singularmente em qualquer parte do território europeu é antes uma grande base de dados e de capacidades policiais que está à disposição dos Estados-Membros.¹⁶⁰

¹⁵⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO. - O ministério público e a Eurojust, disponível [em linha] em <http://www.ministeriopublico.pt/pagina/o-ministerio-publico-e-eurojust> (consultado a 12-06-2016)

¹⁵⁹ Organização criminosa e terrorismo
Tráfico de seres humanos, armas, droga, órgãos e tecidos, veículos, documentos administrativos, bens culturais e espécies animais e vegetais ameaçadas
Corrupção
Burla e fraude (fiscal, na obtenção de subsídios, informática, etc.)
Contra os interesses financeiros da União Europeia
Homicídio voluntário, ofensas corporais graves, rapto, sequestro, tomada de reféns, racismo, xenofobia
Roubo, burla e extorsão
Contrafação e falsificação de moeda e documentos administrativos
Criminalidade informática
Crimes contra o ambiente
Branqueamento
Infrações conexas com as anteriores

¹⁶⁰ EUROPOL, disponível [em linha] em <https://www.europol.europa.eu/content/page/about-us> (Consultado a 12-06-2016).

Mais antiga, diferente e, funcionando a nível mundial temos a Interpol. A Interpol é a Organização Internacional de Polícia Criminal. Foi criada em Viena já no longínquo ano de 1923. Atualmente, a sua sede é em Lyon, França. A Interpol também não é uma estrutura que age diretamente, pelo contrário é uma grande central de informações e cooperação judiciária mundial. Em termos formais é uma Organização Internacional regida por uma “Constituição”, adotada na sua Assembleia Geral de 1956 em Viena¹⁶¹.

O que se vislumbra destas organizações é que são grandes estruturas de partilha de informação e cooperação, mas que lhes faltará algo de mais substantivo para exercer as suas competências de forma eficaz. Contudo, a extensão das suas competências levanta problemas de soberania e proteção dos direitos fundamentais que temos levantado ao longo deste texto.

6 - O DIREITO PENAL DO INIMIGO. UMA SOLUÇÃO ARROJADA?

A solução que adiantámos para combater o terrorismo mundial e a criminalidade organizada assenta no reforço e criação de novos mecanismos de cooperação internacional. Para os que obstam a esta solução, ou a pensam como insuficiente, existe uma via diferente ou complementar, que foi apontada pelo académico alemão Günther Jakobs¹⁶² que nos apresenta o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*, em alemão).

Este conceito implica uma reelaboração do direito penal pois como escreve Hélène Marine Serra Fernandes¹⁶³, Gunther Jakobs, sugere, “uma teorização em torno da existência de uma dualidade de modelos penais: de um lado verificar-se-ia a permanência do Direito Penal dito comum – o do Cidadão – do outro, surgiria,

¹⁶¹ INTERPOL, disponível [em linha] em <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/The-Constitution> (Consultado a 12-06-2016).

¹⁶² Ver GÜNTHER JAKOBS, em Eser / Hassemer / Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbessinung und Ausblick, Munique 2000, p.53. (Trad.) GÜNTHER JAKOBS, Direito Penal do Inimigo, 6.ªed, Livraria do Advogado, São Paulo, 2012.

¹⁶³ HÉLÈNE MARINE SERRA FERNANDES, O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito? Mestrado em Direito, Universidade do Porto, Porto, 2011, p.4.

paralelamente, uma nova tipologia, desta feita dirigida especificamente a delinquentes e criminosos denominados de “inimigos”.

Evidentemente, que a teoria de Jakobs é o resultado das angústias sobre o combate ao terrorismo. Ainda Hélène Marine Serra Fernandes, que afirma “o modelo punitivo vigente tem demonstrado, sucessivamente, uma crescente debilidade e ineficácia no combate aos novos tipos de crime e à agudização e evolução dos tipos de criminalidade existentes”¹⁶⁴.

Há, assim, a ideia de construir dois modelos de direito penal, um para a normalidade, outro para os novos desafios que resultam do terrorismo e da criminalidade organizada. Esta dicotomia poderia obviar naturalmente aos vários problemas que suscitámos ao longo do trabalho referentes aos perigos da facilitação excessiva da cooperação penal internacional, salvaguardando as situações correntes dos tempos extraordinários. Contudo, tal assunção não deixa de se confrontar com o senso jurídico assente no Estado de Direito igual para todos, como veremos adiante.

O conceito de Direito Penal do Inimigo resulta dos estudos desenvolvidos pelo académico alemão Günther Jakobs¹⁶⁵, que colocou a questão se não existiriam casos de necessidade, quando a segurança da vida normal estivesse em perigo, em que seria pertinente elaborar um Direito Penal especial contra inimigos, a que o Estado não sujeitaria os seus cidadãos, mas sim os seus inimigos.

Dito de outro modo, o que Jakobs defendia era a existência de dois direitos penais. Um geral aplicável à generalidade dos cidadãos, outro especial aplicável aos inimigos do Estado, àqueles que quisessem deitar abaixo a ordem constitucional alemã. Note-se que este conceito não se encontra muito longe de outro ínsito na Lei Fundamental germânica: a democracia militante.

O conceito de democracia militante que encontra base no artigo 21.º, n.º 2 da Lei Fundamental alemã, determina, que os partidos políticos que pelos seus objetivos ou pelo comportamento dos seus aderentes procurem abolir ou perturbar a ordem livre e democrática alemã são inconstitucionais. Daqui se vê, que na doutrina

¹⁶⁴ Idem

¹⁶⁵ Ver GUNTHER JAKOBS, em Eser / Hassemer / Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbessung und Ausblick*, Munique 2000, p.53.

germânica é comum criar-se uma categoria dentro do sistema e outra fora do sistema, estabelecendo que esta última se encontra fora da proteção das leis constitucionais.

Dentro deste enquadramento Jakobs considera que é possível criar o Direito Penal do Inimigo que consistirá no seguinte:

1. Criminalizar condutas que não constituem perigo real para interesses legalmente protegidos
2. Aumentar a severidade das punições para além da ideia da proporcionalidade, aplicando mesmo "punições draconianas".

Ulrich Sieber desenvolvendo as várias categorias reconhecidas pelo direito alemão afirma que a abordagem do Direito Penal do Inimigo implica:

- A) A fixação da responsabilidade penal num ponto anterior no desenrolar duma infração penal no domínio do direito material;
- B) A expansão de medidas de vigilância preventiva, a redução de garantias legais, e a criação de competências especiais no contexto do processo penal;
- C) O aumento das obrigações das pessoas privadas de cooperar tanto em antecipação do processo penal, bem como independentemente de tal processo;
- D) A criação de forças interinstitucionais e internacionais como parte de uma nova "arquitetura de segurança; e
- E) A introdução de novas medidas em direito penal e administrativo que limitem a liberdade de pessoas que se presumem perigosas”¹⁶⁶.

¹⁶⁶ ULRICH SIEBER: *Blurring the Categories of Criminal Law and the Law of War – Efforts and Effects in the Pursuit of Internal and External Security*. In: Manacorda, S./Nieto Martín, A. (Hrsg.): *Criminal Law Between War and Peace – Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions*. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, S. 35-69., p.40-41

Note-se, que não é a primeira vez que a doutrina alemã busca este género de soluções. Nos anos 1920/1930 foi o famoso teórico legal nazi Carl Schmitt o primeiro, que gerou uma distinção entre "*Freund und Feind*", "amigo e inimigo", como base para o desenvolvimento de dois tipos diferentes de lei: a lei para cidadãos normais e de dentro, e uma lei para pessoas de fora ou inimigos¹⁶⁷. Sabemos as consequências deste tipo de abordagem, que permitiu considerar os judeus como "pessoas de fora" ou inimigos e criar leis próprias para eles, como foram as Leis de Nuremberga de 1935.

Também as leis de imigração e policiais, que em muitos países permitem a detenção de estrangeiros sem encargos e subsequente deportação quando são considerados perigosos porque mostram, por exemplo, um certo "perfil étnico", são exemplos de um direito do inimigo.

Mas se é fácil perceber a tentação das ditaduras por um direito penal do inimigo, a questão já se coloca com mais ceticismo a propósito das sociedades democráticas.

Günther Jakobs, afirma, que diferença entre amigo e inimigo é baseada numa abordagem funcional ao direito penal. Aqui não há diferenças entre sistemas democráticos ou antidemocráticos. Cada sociedade tem o direito de guardar um mínimo de segurança, que Jakobs chama de "segurança cognitiva", utilizando todas as medidas necessárias contra os *outsiders* que permanentemente ameaçam a sua segurança. Estes devem ser considerados como "inimigos" e os inimigos não têm o direito de ser considerados como uma pessoa: "*Feinde sind aktuell Unpersonen*" ("Inimigos são realmente não-pessoas")¹⁶⁸.

Uma maneira de pensar nessas políticas em relação ao terrorismo é que se por um lado estamos ao nível da repressão de crimes, ao mesmo tempo estamos envolvidos numa guerra. E em caso de guerra, podemos usar todos os meios necessários para derrotar o combatente do outro lado.

¹⁶⁷ CARL SCHMITT. - *Politische Theologie de 1922*; Carl Schmitt, *The concept of politics*, trad. George Schwab, Chicago 1932

¹⁶⁸ JAKOBS, loc. Cit, p. 181, usa a palavra "*Depersonalisierung*" ("Entpersonalisation") como uma característica do poder coercitivo ("Zwang") da lei, conceitualmente definida como "*Fremdverwaltung*" (administração estrangeira).

Jakobs, pensa, que a lei é o que é funcional dentro de um determinado sistema social, de forma independente como este sistema social é constituída, quer seja democrático ou antidemocrático. Ao restante não tem que se aplicar a mesma lei geral.

Uma referência aos atos de terrorismo de 11 de setembro de 2001 perpetrados em Nova Iorque permitem exemplificar aquilo de que se está a falar. Os crimes permanecem crimes, contudo foram cometidos com intenções radicais e em grande escala. E pode-se colocar a questão se por meio da sua estrita fixação na categoria do crime, não se estará a impor ao Estado um compromisso- a necessidade de respeitar o ofensor como uma pessoa – que pura e simplesmente é inadequado para um terrorista que particularmente não justifica a expectativa de um comportamento pessoal. Noutras palavras, em relação ao terrorismo, a realidade é que estamos envolvidos numa guerra e, por isso a lei criminal contra o terrorismo deve-se tornar uma lei da guerra dentro da lei penal nacional. E em caso de guerra, pode-se usar todos os meios necessários para derrotar os combatentes opostos, como já referimos. Assim, a guerra contra o terror torna-se a mais alta expressão de um "Direito Penal do Inimigo”.

Verificámos ao longo deste trabalho, que é manifesto existirem hoje desenvolvimentos globais ao nível da criminalidade, sobretudo terrorismo e criminalidade organizada. E, face a esses desenvolvimentos globais, novas formas de combate têm que ser descortinadas, designadamente face à sua internacionalização. Uma das respostas possíveis é a criação do Direito Penal do Inimigo nos termos expostos. Outra, é o reforço intenso e a criação de mecanismo de cooperação judiciária internacional que permitam fazer frente à globalização criminal, sobretudo ao nível do terrorismo.

O Direito Penal do Inimigo, coloca o problema de permitir a promulgação de uma série de medidas extremas adicionais que na verdade minem o Estado de Direito em um sentido mais geral. A primeira questão é: como pode ser definido o inimigo? Ou melhor: Como se pode distinguir um cidadão normal de um inimigo? Uma lei para inimigos e a "guerra ao terror" pode facilmente tornar-se uma "guerra contra o crime".

É esta a grande dificuldade do Direito Penal do Inimigo: a definição de quem é inimigo.

Por esta razão, embora aceitando que se pode tratar de uma alternativa válida em termos de eficiência para a mundialização da criminalidade organizada e do terrorismo, facilitando a prevenção e a captura dos terroristas e membros das mafias, não entendemos que seja a melhor opção uma vez que implica a criação de uma grande margem de manobra político-legal que poderá facilmente afetar os direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A cooperação judiciária internacional levanta problemas díspares de eficiência, soberania e proteção dos direitos fundamentais.

É, um facto, que o direito processual penal tem uma perspetiva inicial assente na soberania nacional e na aplicação do direito penal no território do Estado. Quer a lei, quer a doutrina, como vimos, apontavam basicamente nesse sentido.

Todavia, também é um facto, que a globalização trouxe uma disrupção intensa a este estado de coisas. Giddens, um dos estudiosos, mais aturados do fenómeno em termos de impactos sociais, descreveu a globalização, como *'the intensification of worldwide social relations which link distant localities in such a way that local happenings are shaped by events occurring many miles away and vice versa'*¹⁶⁹. E, é precisamente este, o ponto que queríamos anotar, os eventos com a globalização derrubaram as fronteiras e influenciando-se mutuamente e nessa medida, qualquer processo penal meramente territorial não é consentâneo com a referida globalização.

Como refere Danilo Fontenele Sampaio Cunha¹⁷⁰, “Um dos efeitos da globalização diz respeito à modernização, organização e internacionalização do crime que, de forma imediata ou decorrente, ameaça o Estado de Direito Democrático ao explorar suas deficiências, corromper sua estrutura, preencher lacunas sociais e usurpar suas funções, transformando-se em verdadeiro, palpável, presente e atuante poder paralelo não legítimo”.

Estando aceites e verificados estes pressupostos, as ordens jurídicas desenvolveram várias respostas legais à globalização da criminalidade.

¹⁶⁹ ANTHONY GIDDENS, op. cit. p.789. (trad. do Autor)” A intensificação das relações sociais em todo o mundo, que ligam localidades distantes de tal forma que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que ocorrem a muitas milhas de distância e vice-versa ”

¹⁷⁰ DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA. - Criminalidade Organizada: antigos padrões, novos agentes e tecnologias. In Pontourbe, Revista do núcleo de antropologia da USP, 8, 2011- 35-49, p.35

Destacámos neste trabalho, como respostas essenciais a criação de espaços comuns, regionais de justiça, como acontece na União Europeia e que se traduzem no MDE (Mandado de Detenção Europeu) e no DEI (Decisão Europeia de Investigação).

Verificámos, que outros países, essencialmente os EUA, procuraram criar mecanismos de intervenção universal o que fez sobretudo através da atuação do FBI e dos programas de acordos informais, bem como do ponto de vista mais técnico pela aplicação elaborada do princípio “*follow the Money*”.

Finalmente, verificámos, que mesmo ao nível doméstico são múltiplos os mecanismos que Portugal criou no sentido de incrementar a cooperação judicial.

Poderemos aliás definir a cooperação judiciária internacional em matéria penal como evoluindo em patamares, quando se verifica de forma multilateral. Num patamar inicial, a cooperação limita-se a corresponder a pedidos de extradição com base em pressupostos soberanistas. Num patamar seguinte, teremos a criação de mecanismos de direito internacional que permitem e alargam a cooperação numa base de reciprocidade, o terceiro patamar será o da criação de mecanismos automáticos baseados no reconhecimento mútuo das jurisdições, finalmente poderá haver um quinto patamar em que se cria um espaço comum de justiça que abole qualquer significado às fronteiras.

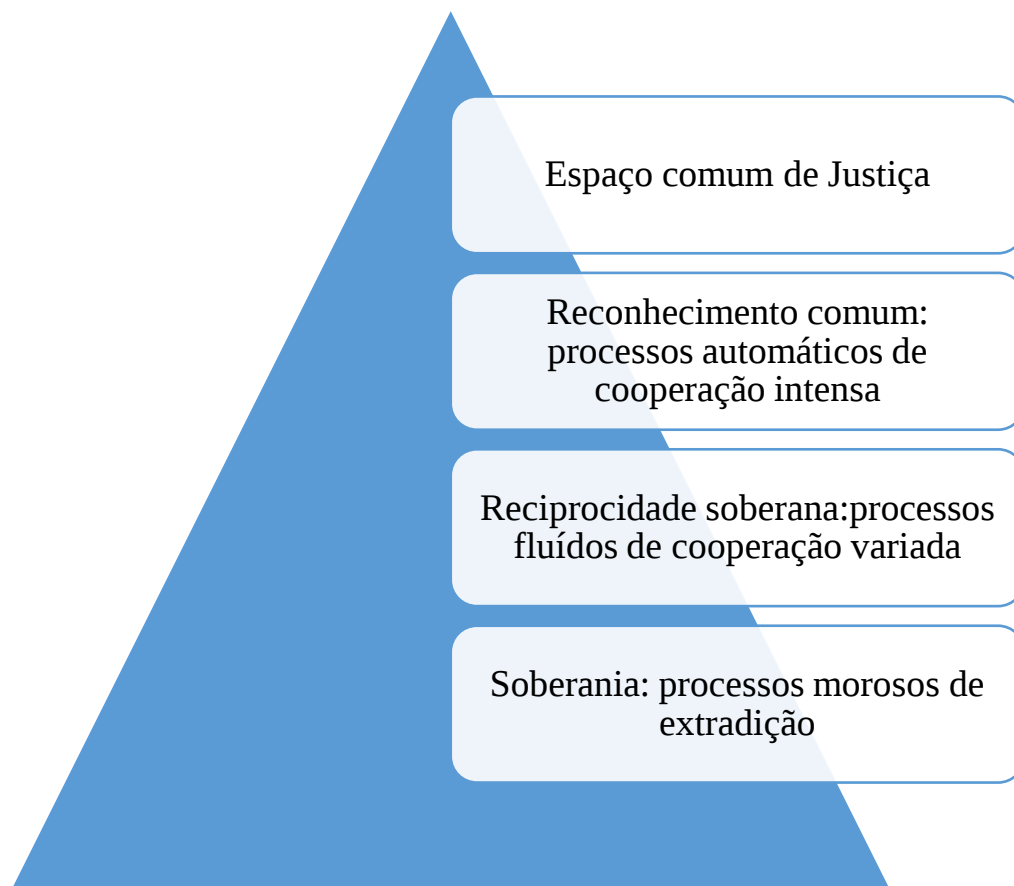


Figura 1 - Patamares de cooperação judiciária internacional em matéria penal

Todos estes incrementos, embora sujeitos a controlo judicial, propendem para um certo automatismo. Ora bem, esses automatismos têm perigos, pois muito facilmente se podem atentar contra os direitos fundamentais, e este é um aspeto que tem que ser salvaguardado.

São dois, os problemas com que se defronta a cooperação judiciária internacional. Por um lado, a salvaguarda da soberania nacional. Os vários países têm dificuldade em abdicar das suas regras, das suas polícias, da sua força, para a entregar a um organismo internacional que de alguma maneira se sobreporá. Porque não realizando este movimento, a verdade é que a cooperação não sairá do papel.

Mas, por outro lado, o incremento da cooperação judicial tem que ser acompanhado por um incremento da proteção dos direitos fundamentais, sem o que o cidadão ficará à mercê de superestados e de superorganizações face às quais pouca

defesa tem. Este, o ponto essencial deste trabalho: o adequado nível de perda de soberania e de proteção dos direitos fundamentais.

Forçosamente, estas decisões, pelo menos no que tange aos tribunais portugueses, mas também da U.E. e dos EUA, onde o mesmo princípio se aplica têm que obedecer ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade assenta numa análise da relação entre fins e meios, exigindo a legitimidade dos fins¹⁷¹. Fins, esses, que são dados pelo direito originário ou seja, são transferências de poder para União Europeia um meio para atingir as finalidades substantivas. Isto quer dizer, que não se devem utilizar mais meios que os necessários para alcançar um fim. É uma proibição do excesso. Não se usa um martelo para matar uma mosca.

O princípio da proporcionalidade, comete ao Estado a obrigação de adequar os seus atos aos fins concretos que se visam atingir, adequando as limitações impostas aos direitos e interesses de outras entidades ao necessário e razoável. Repete-se, trata-se de um princípio que tem subjacente a ideia de limitação do excesso. O exercício dos poderes estatais, designadamente discricionários, não pode ultrapassar o indispensável à realização dos objetivos públicos

Assim, e em síntese, qualquer aumento da cooperação internacional não se pode apenas revestir de aspetos formais e facilitadores, deve ser acompanhado substantivamente por considerações de proporcionalidade.

Chega-se, assim, à conclusão, que o terrorismo, criminalidade organizada, em rigor todos os processos ilegais que derivam da globalização impõem novas formas de cooperação internacional em matéria penal. Essas novas formas mais avançadas estão a ser testadas nos EUA, que de certa maneira adotam uma perspetiva unilateral, e na UE que procura uma seguir uma visão multilateral que redunde também num mecanismo unilateral.

Contudo, o que se tem verificado, e tal ficou espelhado na aturada pesquisa jurisprudencial que realizámos, foi a deferência generalizada, pelo menos em

¹⁷¹ Segue-se de perto a lição de JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed. Almedina, Coimbra, 2004, pg. 257.

Portugal, dos tribunais face aos mecanismos de cooperação judicial internacional, designadamente os introduzidos pelo Espaço Europeu de Justiça.

Ora se tal, como visto, corresponde a uma efetiva necessidade face ao combate ao terrorismo e mafias, na verdade corresponde também a uma diminuição das garantias do arguido processual, embora não sigamos a proposta de institucionalizar um verdadeiro Direito Penal do Inimigo por ofender o Estado de Direito, começam a surgir aqui e ali algumas manifestações desta visão.

Por isso, em resumo, a sugestão final, é que os novos mecanismos de cooperação internacional devem ser acompanhados por uma aplicação rigorosa do princípio da proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

ANTHONY GIDDENS. - ***Sociology***. 7th Ed.. Polity. Londres, 2013.

ANTÓNIO PIRES HENRIQUES DA GRAÇA. - **O regime jurídico do Mandado de Detenção Europeu**. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CESARE BECCARIA. - **Dos Delitos e das Penas**. 3.^a ed.. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2009.

DEPARTMENT OF JUSTICE. - ***Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Bribery Charges***. Disponível em <https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery> (acedido a 19-04-2016).

EDUARDO CORREIA. - **Direito Criminal**. Almedina, Coimbra, 1971.

FBI - FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. - ***Crime and terror have gone global. And so have we***. Disponível em https://www.fbi.gov/about-us/international_operations (acedido a 19-04-2016).

FBI - FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. - ***International Corruption. International Corruption Unit (ICU) Overview***. Disponível em <https://www.fbi.gov/about-us/investigate/corruption/international-corruption> (acedido a 19-04-2016).

FBI - FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. - ***International operations***. Disponível em https://www.fbi.gov/about-us/international_operations/overview (acedido a 19-04-2016).

FERNANDA PALMA. - **Internacionalização do Direito Penal, in Direito Penal Internacional, TPI e a perspectiva da África de Língua Oficial Portuguesa**. KAI AMBOS, FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS, PAULO SOUSA MENDES (org.). INCM. Lisboa, 2015.

- FRANK SCHMALLEGER. - ***Criminal Justice Today***. 7.^a ed., Prentice Hall, New Jersey. 2003.
- GERMANO MARQUES DA SILVA. - **Curso de Processo Penal, I**. Verbo, Lisboa, 2000.
- GOMES CANOTILHO. J.. - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 2015.
- HANS KELSEN. - ***General Theory of Law and State***. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 1999.
- HENRIK ALEXANDERSSON. - **Princípios europeus do Devido Processo Legal deixados de lado na caça ao fundador do *The do Pirate Bay***. Disponível em <http://partidopirata.org/principios-europeus-do-devido-processo-legal-deixados-de-lado-na-caca-ao-fundador-do-the-do-pirate-bay/> (acedido a 18-04-2016).
- JEAN CARBONNIER. - **Sociologia Jurídica**. Almedina, Coimbra, 1979.
- JOÃO DAVIN. - **A Criminalidade Organizada Transnacional - A Cooperação Judiciária e Policial na EU**. Almedina, Coimbra, 2007.
- JOÃO MOTA DE CAMPOS e JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS. **Manual de Direito Europeu**. 6.^a ed.. Coimbra Ed. Coimbra, 2010.
- JORGE BACELAR GOUVEIA. **Manual de Direito Internacional Público**. Almedina. Coimbra, 2014.
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. - **Direito Penal**. Parte Geral, 2007,
- JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS. - **Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I**, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- JORGE MIRANDA. - **A Constituição de Angola de 2010**. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/583-502.pdf> (acedido a 19/04/2016).

- JOSÉ ALBERTO CAMPOS BRAZ. - **Investigação Criminal**. 3.^a ed. Almedina, Coimbra, 2013.
- JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS. - **As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história**, *Análise Social*. Vol. XVI (63). 1980 - 3.º, 587-612.
- JOSÉ DE SOUSA BRITO. - **Direito Criminal** — Sumários. Lisboa, 1963.
- JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO. **O Direito, Introdução e Teoria Geral**. 13.^a edição, Almedina. Coimbra, 2005.
- LAURENCE COCKCROFT. - ***Global Corruption: Money, Power, and Ethics in the Modern World***, Tauris. London, 2014.
- MAIA GONÇALVES. - **Código de Processo Penal Anotado**. 17.^a ed. Almedina. Coimbra, 2009.
- MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES E MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS. **O Código Penal de 1982**, Vol.1.. Rei dos Livros, Lisboa, 1986.
- MARIA CARLOS ESPÍRITO SANTO MAIA. - **Severidade punitiva penas severas: um factor de dissuasão de um crime?** Tese de Mestrado, ULHT, Lisboa, 2011, p. 15, disponível em http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/1683/1.%20Tese_MariaMAIA.pdf?sequence=1 (acedido em 11-04-2016).
- MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS, PAULO DE SOUSA MENDES (Coords). - **Cooperação judiciária internacional em matéria penal**. Coimbra, Coimbra Ed., 2014.
- MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA. - **Direito à ação e a um tribunal imparcial**, in ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.), **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Comentada**. Almedina. Coimbra, 2013.

- MÁRIO MONTE, PEDRO MIGUEL FREITAS e MARGARIDA SANTOS. - **Os princípios da legalidade e da proporcionalidade** in ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Comentada, Almedina. Coimbra, 2013.
- MARTIN WOLF. - *Why Globalization Works*. Yale University Press. New Haven, 2004.
- NADIA DE ARAÚJO. - **A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional**. Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (Org.). Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - matéria penal. 4a ed., 2013, v. 1, pp. 39-50.
- NIKLAS LUHMANN. **Sociologia do Direito**. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983.
- NUNO MELO. - **Decisão Europeia de Investigação – Relatório aprovado no Parlamento Europeu**. Disponível em http://web.cds.pt/static/index.php%3Foption=com_content&view=article&id=3221:decisao-europeia-de-investigacao--relatorio-de-nuno-melo-aprovado-no-parlamento-europeu&catid=67:europarl&Itemid=124.html (acedido a 18-04-2016).
- OLIVEIRA MARQUES. - **História de Portugal**. Vol. III, Palas Editora. Lisboa, 1986.
- PAUL CRAIG e GRAINNE DE BÚRCA. EU Law, *Texts, cases and materials*. 4.^a ed.. Oxford, Oxford, 2008.
- PAULO DE SOUSA MENDES. - **Lições de Direito Processual Penal**. Almedina, Coimbra, 2015.
- PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. - **Comentário ao Código de Processo Penal**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

- PEDRO TROVÃO DO ROSÁRIO. - **O Mandado de Detenção Europeu: Enquadramento e Ponderação Atual.** JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013.
- REDE JUDICIÁRIA DA CPLP, disponível em <http://www.rjcplp.org/RJCPLP/sections/pagina-inicial> (acedido a 18-04-2016).
- REINHOLD ZIPPELIUS. - **Teoria Geral do Estado.** 3.^a ed.. F. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.
- SHAHID M. SHAHIDULLAH. - ***Crime Policy in America: Laws, Institutions, and Programs.*** University Press of America, Maryland, 2016.
- SOFIA OLIVEIRA PAIS. - **Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial.** 3.^a ed, Almedina, Coimbra, 2013.
- T. COTTIER & M.HERTIG. - ***The Prospects of 21st Century Constitutionalism.*** A von Bogdandy and R. Wolfrum (eds.). Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 7, 2003.
- TERESA BELEZA. - **Direito Penal, 1.º vol.** AAFDL, Lisboa, 1985.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. - ***The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat Assessment.*** United Nations publication, Vienna, 2010.
- XAVIER PHILIPPE. - ***The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?*** International Review of the Red Cross, Volume 88, N.º 862, Junho 2006.

FONTES DOCUMENTAIS

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (PT) (acórdãos disponíveis [em linha] em www.dgsi.pt)

ACÓRDÃO DO STJ, de 27-06-2006, PROC. N.º 06A1744,

ACÓRDÃO DO STJ, de 11-01-2012, PROC. N.º 111/11.7YFLSB,

ACÓRDÃO DO STJ, de 30-05-2012, PROC. N.º 290/11.3YRCBR1.S1

ACÓRDÃO DO STJ, de 05/07/2012, PROC. N.º 48/12.2YREVR.S1

ACÓRDÃO DO STJ, de 11-01-2012, PROC. N.º 111/11.7YFLSB,

ACÓRDÃO DO STJ, de 30-05-2012, PROC. N.º 290/11.3YRCBR1.S1

ACÓRDÃO DO STJ, de 16-07-2014, PROC. N.º 2192/11.4TXLSB-H.S

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA (PT) (acórdão disponíveis [em linha] em www.dgsi.pt)

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 01/25/2011, NO PROCESSO N.º 1412/10.7YRLSB-5,

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 04-05-2011, PROCESSO 241/11.5YRLSB-5,

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 14-09-2011, PROCESSO:3880/03-3,

HOUSE OF LORDS (GB) - R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate,
Ex Parte Pinochet Ugarte 3 WLR 1,456 (H.L. 1998)