

**IMPLICAÇÕES DO PROJECTO DE TRATADO
QUE ESTABELECE UMA CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA
NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS**

João António Raposo

IMPLICAÇÕES DO PROJECTO DE TRATADO QUE ESTABELECE UMA CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS*

João António Raposo**

I

1. O Conselho Europeu, reunido em Laeken, na Bélgica, em 14 e 15 de Dezembro de 2001, convocou a Convenção Europeia sobre o futuro da Europa, encarregando-a de formular propostas que visassem, designadamente, a aproximação dos cidadãos ao projecto europeu e às instituições europeias, bem como a estruturação da vida política e do espaço político europeu numa União alargada que se aproximava a passos muito largos.

Os trabalhos da Convenção culminaram com a elaboração de um Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, Projecto que foi aprovado por consenso pela Convenção Europeia em 13 de Junho e 10 de Julho de 2003, e apresentado, em 20 de Julho, ao Conselho Europeu de Salónica.

É esse Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa que hoje aqui se analisa, numa abordagem multidisciplinar, procurando perceber em que medida ele projecta os seus efeitos sobre as diversas disciplinas em que se desdobra o ordenamento jurídico interno português. Nessa sequência, e com esse objectivo, chegou agora a vez do Direito Penal.

A pergunta a que procuremos dar uma resposta não é, obviamente, a de saber se a Constituição Europeia que se projecta contém normas susceptíveis de influenciar os Direitos Penais dos Estados-membros. Com efeito, sendo o Direito Penal constituído por normas que afectam de forma evidente os direitos mais fundamentais das pessoas, estranho seria que um Projecto de Constituição a ele se não referisse. O Projecto de Constituição Europeia contém, evidentemente, princípios e normas com conteúdo penal, como também as contém (e não poderiam deixar de conter) as diferentes constituições nacionais.

* O presente texto serviu de base à comunicação proferida na Universidade Lusíada de Lisboa, em 4 de Dezembro de 2003.

* Universidade Lusíada de Lisboa.

Em suma: a questão relevante não é a de saber se o Projecto de Constituição Europeia contém normas em matéria penal, mas a de saber que normas são essas e em que aspectos e em que medida é que influenciam o Direito Penal português.

2. Percorrendo o clausulado do Projecto de Constituição Europeia¹ encontramos dois tipos de disposições de entre as que têm implicações na área do Direito Penal. Encontramos, em primeiro lugar, preceitos que reafirmam alguns dos princípios fundamentais de Direito Penal substantivo já vigentes entre nós². Encontramos, depois, preceitos que, na sequência do Tratado de Amsterdão, procuram criar as condições necessárias ao aprofundamento do que vem sendo designado por espaço penal europeu. Enunciaremos, de seguida, os mais importantes de uns e outros, pontuando sumariamente essa enunciação com a chamada de atenção para algumas questões suscitadas pelos mesmos.

II

3. Quanto ao primeiro tipo de disposições encontramos-las, fundamentalmente, na Parte II do Projecto, que, como já referido, acolhe a chamada Carta dos Direitos Fundamentais da União³. No seu articulado consagram-se expressamente os seguintes princípios em matéria penal:

1.1 Princípio da humanidade das penas

O princípio da humanidade das penas retira-se de vários preceitos da Carta. Do artigo II-2º, na parte em que se afirma expressamente a proibição da condenação e execução de penas de morte; do artigo II-4º, na parte em que se proíbe a tortura, os maus tratos e as penas desumanas ou degradantes; ou do artigo II-5º, na parte em que proíbe a escravidão, os trabalhos forçados ou obrigatórios.

De alguma forma ainda manifestação do princípio da humanidade das penas é o preceituado no artigo II-19º, n.º 2, onde se proíbe expressamente a expulsão ou extradição “para um Estado onde o agente corra sério risco de

¹ O Projecto é composto por quatro partes: uma primeira parte sobre a definição e objectivos da União; uma segunda parte que acolhe a Carta dos Direitos Fundamentais da União; uma terceira parte sobre as políticas e funcionamento da união; e, finalmente, uma quarta parte, composta por disposições gerais e finais.

² Porque já consagrados na Constituição Portuguesa, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ou no próprio Código Penal.

³ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi proclamada a 7 de Dezembro de 2000, por ocasião do Conselho Europeu de Nice. Para mais desenvolvimentos sobre os seus objectivos, o seu âmbito de aplicação, os direitos que consagra ou o seu estatuto, veja-se, com bastante interesse, António Vitorino, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Principia, 2002.

ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes". Em nota ao que neste preceito se estabelece deve evidenciar-se que se percebe alguma diferença entre a forma como esta matéria é tratada pelo Projecto de Constituição Europeia e o modo como é tratada pelo artigo 33º da Constituição Portuguesa. A uma primeira análise, este artigo II-19º, n.º 2, do Projecto, parece simultaneamente mais amplo e mais restrito do que o Artigo 33º da Constituição Portuguesa. É mais amplo porque proíbe expressamente a expulsão ou extradição para países onde o agente corra sério risco de ser sujeito a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes, expressão aparentemente mais abrangente do que a proibição de extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do estado requisitante, pena de que resulte lesão irreversível da integridade física, constante do n.º 6 daquele artigo 33º. Mas é, simultaneamente, mais restrito, na medida em que, ao menos explicitamente, não impõe quaisquer limites à possibilidade de expulsão ou extradição para países onde ao agente possa ser aplicada pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, como faz entre nós o artigo 33º, n.º 4, da Constituição.

1.2 Princípio da legalidade

Ainda na Carta dos Direitos Fundamentais encontramos depois consagrado no artigo II-49º o princípio da legalidade dos delitos e das penas. Com efeito, preceitua expressamente o n.º 1 desse artigo que: "Ninguém pode ser condenado por uma acção ou omissão que, no momento da sua prática, não constituía infracção à luz do direito nacional ou internacional. Do mesmo modo, não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi praticada. Se, posteriormente à infracção, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada". Explicitam-se, dessa forma, as consequências que do princípio da legalidade decorrem em matéria de aplicação da lei penal no tempo e que também já resultam do artigo 29º da Constituição Portuguesa: ou seja, o princípio da proibição de aplicação retroactiva de normas penais desfavoráveis ao arguido e o princípio da aplicação retroactiva de normas penais de conteúdo favorável ao arguido.

Também esta disposição nos merece alguns comentários.

Em primeiro lugar para destacar a aparente previsão, implicada na disjuntiva "ou" utilizada naquele n.º 1, da possibilidade de o direito internacional poder ser fonte autónoma de crimes não previstos enquanto tal pelas legislações nacionais⁴.

Em segundo lugar para evidenciar o que nos parece ser uma pouco feliz redacção da parte final do n.º 1 daquele artigo II-49º. O princípio da aplicação

⁴ Concretizaremos este ponto mais à frente, especificamente no que se refere ao Direito da União, procurando esclarecer com mais rigor as competências que do Projecto de Constituição Europeia decorrem para os órgãos da União em matéria de criação de crimes e penas.

retroactiva de normas penais de conteúdo favorável ao arguido vem aí consagrado nos seguintes termos: “Se, posteriormente à infracção, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada”. A expressão é, no meu entendimento, injustificadamente restritiva. Com efeito, de aplicação retroactiva devem ser todas as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido e não apenas aquelas que, de entre estas, prevejam uma pena mais leve. É que, como é evidente, o conteúdo mais favorável de uma lei posterior ao facto não tem de se traduzir, necessariamente, no estabelecimento de uma pena mais leve, podendo resultar, como é evidente, de uma multiplicidade de factores⁵ e, desde logo, da eliminação do facto do número de infracção (como, bem, prevê hoje o artigo 2º, n.º 2, do Código Penal). Em suma: a fórmula utilizada pelo artigo II-49º é, se bem entendendo as coisas, injustificadamente restritiva, devendo ser substituída por outra mais abrangente, como a que consta, por exemplo, da Constituição Portuguesa, que manda aplicar retroactivamente não as leis penais que prevejam uma pena mais leve, mas as que tenham um conteúdo mais favorável.

Prosseguindo na análise deste artigo II-49º da Carta, na parte em que consagra o princípio da legalidade, merece igualmente referência o seu n.º 2, onde se preceitua expressamente que “o número anterior não prejudica a sentença ou a pena a que uma pessoa tenha sido condenada por uma acção ou omissão que, no momento da sua prática, constituía crime à luz dos princípios gerais reconhecidos por todas as nações”. Trata-se de norma com conteúdo semelhante ao do artigo 29º n.º 2 da Constituição Portuguesa. Trata-se, em suma, da consagração pelo Projecto de Constituição Europeia, à semelhança do que faz a Constituição Portuguesa, do costume internacional como fonte de normas penais. Coloca, por isso, problemas de interpretação e aplicação semelhantes aos que também coloca o artigo 29º, n.º 2, da Constituição Portuguesa e que não cabe aqui aprofundar⁶.

1.3 Princípio da proporcionalidade

Ainda no artigo II-49º da Carta consagra-se depois, no n.º 3, o princípio da proporcionalidade das penas – as penas não podem ser desproporcionadas em relação à infracção – de forma semelhante à que também já decorre, entre nós, do artigo 18º, n.º 2 da Constituição Portuguesa.

⁵ Pode resultar, por exemplo, de um encurtamento dos prazos de prescrição ou de uma alteração da natureza do crime, que sendo antes público passe a semi-público ou particular.

⁶ Sobre alguns dos problemas a que nos referimos veja-se José Sousa e Brito, “A lei Penal na Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição (coordenação de Jorge Miranda)*, 2º, vol., Petrony, 1978, pp. 242-243. Especificamente sobre a articulação deste preceito com o Direito da União veja-se Germano Marques da Silva, *Direito Penal Português*, I Vol., Verbo, 1997, pp. 236 a 241.

1.4 Princípio do *non bis in idem*

Finalmente, no artigo II-50º, consagra-se o princípio do *non bis in idem*. Aí se afirma que “ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado nos termos da lei”. Também este preceito nos merece uma chamada de atenção para evidenciar que nele apenas se proíbe o duplo julgamento ou a dupla condenação ns hipóteses em que o primeiro julgamento ou condenação tenha acontecido “na União”. A pergunta que pode legitimamente colocar-se é a de saber se um cidadão português que foi já julgado e condenado num país que não pertença à União, por facto aí praticado, pode voltar a sê-lo em Portugal pelo mesmo facto? A resposta é, em princípio, negativa. Porém, a proibição de efectuar novo julgamento e nova condenação não decorre do artigo II-50º do Projecto, mas do artigo 29º, n.º 5, da Constituição Portuguesa e do artigo 6º, n.º 1, do Código Penal, que nessa medida têm alcance mais amplo.

4. A terminar a primeira parte desta breve apresentação cabe chamar a atenção para a norma do artigo II-53º do Projecto, nos termos da qual “nenhuma disposição da Carta deve ser interpretada no sentido de restringir os direitos e as liberdades fundamentais reconhecidos, designadamente, pelas Constituições dos Estados Membros”. Dessa forma, sempre que se se detecte uma diferença – não apenas de redacção mas verdadeiramente de conteúdo – entre o âmbito de protecção conferido por um princípio no Projecto de Constituição Europeia e o seu âmbito de protecção na Constituição Portuguesa, prevalecerá este último, ao menos naqueles casos em que essa diferença se traduza numa menor protecção conferida pela formulação do princípio na Constituição Europeia.

III

5. Cremos, porém, que em matéria de Direito Penal a preocupação central do Projecto de Constituição Europeia foi, inequivocamente, a de institucionalizar e reforçar as condições indispensáveis ao desenvolvimento do chamado “espaço de liberdade, segurança e justiça”, o que, na área do Direito Penal, se traduz na criação das condições para o reforço do que vem sendo designado por “espaço penal europeu”.

Como acentua Lopes da Mota⁷ a União Europeia encontra-se, fundamentalmente desde o Tratado de Amsterdão, num momento de profundas mudanças na área da justiça penal, percebendo-se hoje em desenvolvimento três movimentos que, agindo conjuntamente, constituem, nas palavras sugestivas daquele autor, as “acendalhas do sistema que conduzirá à cons-

⁷ José Luís Lopes da Mota, “A Eurojust e a emergência de um sistema de justiça penal europeu”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, n.º 2, Abril-Junho 2003, pp. 177 ss.

trução de um verdadeiro espaço penal europeu” – refere-se Lopes da Mota ao reconhecimento mútuo de decisões, à harmonização de infracções penais e de sanções e à criação de actores judiciais europeus em matéria penal.

E alguns passos já foram mesmo dados – ainda antes do Projecto de Constituição Europeia – no sentido da implementação daqueles instrumentos. Assim, no que se refere ao reconhecimento mútuo de decisões – que implica, em princípio, a atribuição de eficácia directa a decisões de uma autoridade judiciária nacional em todo o espaço da União Europeia – a decisão-quadro n.º 2002/584/JAI, sobre o mandato de detenção europeu, de 13 de Junho de 2002, entretanto já transposta para o direito interno português através da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, constitui a primeira aplicação prática desse princípio. No que respeita à harmonização de infracções penais e de sanções, o art. 61º do Tratado da União já prevê que, no prazo de 5 anos a contar da data da entrada em vigor do Tratado de Amsterdão (portanto, até 2004) deverão ser adoptadas medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, terrorismo e tráfico de droga. E, em execução dessa previsão foi já emitida uma decisão quadro sobre o terrorismo, também de 13 de Junho de 2002, que visou precisamente harmonizar nessa matéria os crimes e penas previstos nas diferentes legislações nacionais, e que, entre nós, já deu origem à entrada em vigor da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto – a chamada Lei de Combate ao terrorismo – que, precisamente em cumprimento dessa decisão quadro – que é a decisão quadro n.º 2002/475/JAI – revogou os artigos 300º e 301º do Código Penal, criando nova legislação nesta matéria. Finalmente, no que se refere à criação de actores judiciais europeus, cumpre destacar que já está em actividade o primeiro actor europeu na área da justiça penal – a Eurojust⁸.

6. Mas, voltando directamente ao tema desta comunicação, o que pode dizer-se é que o Projecto de Constituição Europeia se insere, no que se refere a este movimento tendente à criação do espaço penal europeu, numa clara linha de continuidade, procurando reforçar aqueles instrumentos.

Assim, ainda na primeira parte do Projecto, no artigo II-41º, e depois de se afirmar que a União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, se refere que, nessa matéria, compete à União:

- adoptar leis e leis-quadro destinadas, se necessário, a aproximar as legislações nacionais nos domínios enumerados na Parte III (entre os quais se inclui, nos termos em que veremos já de seguida, a matéria penal);
- promover a confiança mútua entre as autoridades competentes dos Estados-Membros, em especial no reconhecimento das decisões judiciais e extra-judiciais;

⁸ Sobre a Eurojust, cfr. Anabela Miranda Rodrigues e José Luís Lopes da Mota, *Para uma política criminal europeia – quadros e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, Coimbra Editora, 2002; e José Luís Lopes da Mota, *ob. cit.*.

- promover a cooperação operacional entre as autoridades competentes dos Estados-Membros, incluindo os serviços policiais, aduaneiros e outros serviços especializados no domínio da prevenção e detecção de infracções penais.

Mais à frente no Projecto a matéria da criação do Espaço de Liberdade, segurança e justiça é objecto de todo o Capítulo IV, da Parte III, que reafirma, logo no Artigo III-158º, n.º 3, que: “A União envia esforços para garantir um elevado nível de segurança, através de medidas de prevenção e luta contra a criminalidade e contra o racismo e a xenofobia, de medidas de coordenação e cooperação entre autoridades policiais e judiciais penais e as outras autoridades competentes, bem como através do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal e, se necessário, da aproximação das legislações penais”.

E, na Secção 4ª desse Capítulo, especificamente dedicada à cooperação judiciária em matéria penal, refere-se no Artigo III-171º que “A cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se refere o n.º 2 e o artigo III-172º”. Esses domínios são, nos termos do último preceito citado: o terrorismo, o tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e criança, o tráfico de droga e de armas, o branqueamento de capitais, a corrupção, a contrafacção de meios de pagamento, a criminalidade informática e a criminalidade organizada. O próprio artigo 172º prevê, contudo, a possibilidade do alargamento desse catálogo, estabelecendo a possibilidade de o Conselho de Ministros poder adoptar uma decisão europeia que identifique outros domínios de criminalidade em relação aos quais se justifique essa harmonização.

Em suma: compete à União harmonizar as legislações dos diferentes Estados-Membros no que àqueles crimes diz respeito. Essa harmonização é feita através do estabelecimento de regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções e sempre através de lei-quadro europeia. Este último ponto é fundamental. Porque o estabelecimento das tais regras mínimas quanto à definição das infracções penais e das sanções é feito através de lei-quadro europeia e não de lei europeia, será sempre necessário um acto interno de transposição para que a referida harmonização se dê.

Pode, por isso, concluir-se que, neste ponto, o Projecto de Constituição Europeia mantém, no fundamental, as competências dos Estados Membros em matéria de criação de crimes e penas. Apenas se alarga o leque das infracções em relação às quais a União se reserva o direito de definir regras mínimas quanto à definição das próprias infracções e penas, o que será feito, com as consequências que vimos, através de lei-quadro europeia.

7. Para concluir esta breve exposição importa ainda referir que a Constituição Europeia também se refere e apresenta novidades no que têm a ver com outra das “traves mestras” do sistema: a criação dos tais actores europeus

em matéria penal. Consagra a EUROJUST no artigo III-174^º, a quem atribui a missão de apoiar e reforçar a coordenação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da acção penal em matéria de criminalidade grave que afecte dois ou mais Estados-Membros ou exija uma acção penal assente em bases comuns, com base nas operações conduzidas e nas informações transmitidas pelas autoridades dos Estados-Membros e pela Europol. Prevê que seja a lei Europeia a determinar a sua estrutura, o seu funcionamento, e o seu domínio de acção e funções. Funções que, nos termos do mesmo preceito, poderão abranger a instauração e a coordenação de acções penais conduzidas pelas autoridades nacionais competentes, em especial as relativas a infracções lesivas dos interesses financeiros da União, bem como o reforço da cooperação judiciária, inclusive mediante a resolução de conflitos de jurisdição e uma estreita cooperação com a Rede judiciária europeia.

Finalmente, e ainda no que tem a ver com actores europeus na área da justiça penal, o artigo III-175^º prevê a possibilidade de ser instituída, por lei europeia do Conselho de Ministros, uma Procuradoria Europeia a partir da Eurojust, com o objectivo de combater a criminalidade grave de dimensão transfronteiras, bem como as infracções lesivas dos interesses da União. Essa Procuradoria Europeia, a ser criada, será competente para investigar, processar judicialmente e levar a julgamento, eventualmente em ligação com a Europol, os autores e cúmplices de crimes graves que afectem vários Estados-Membros, bem como as infracções lesivas dos interesses financeiros da União. Competirá à lei europeia definir o seu estatuto, as condições em que exercerá as suas funções, as regras processuais aplicáveis às suas actividades e as que regem a admissibilidade das provas, bem como as regras aplicáveis ao controlo jurisdicional dos actos processuais que aprovar no exercício das suas funções. Terá ainda por função exercer, perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-membros, a acção pública relativa a crimes graves que afectem vários Estados-Membros, bem como as infracções lesivas dos interesses financeiros da União.