

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 18 • v. 8 • n. 1-2 • 2023

- 11 **José Cláudio Monteiro de Brito Filho**
A social-democracia portuguesa: noções preliminares
- 28 **Antonio Solón Rudá**
A Ausência de controle da dupla incriminação como fomento ao princípio do reconhecimento mútuo?
- 68 **Verônica Scriptorre Freire e Almeida e Carolina Aparecida Galvanese**
A democratização do acesso global à internet como medida acessória do direito internaciona
- 109 **Clovis Reimão**
As estrelas do caos: reflexões sobre os limites do estado de necessidade administrativa
- 130 **Sergio Torres Teixeira e Débora Viscardi de Lemos Leite**
Da mulher trabalhadora a mulher maravilha: interfaces reflexivas da negação dos direitos trabalhista na pandemia
- 170 **Jéssica Mello Tahim**
Os direitos humanos no quadro da desertificação
- 243 **Tamires Fonseca Zanotti**
caracterização da vulnerabilidade como condição à vitimização no tráfico de mulheres para exploração sexual

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Ano 18 • Volume 8 • Número 1-2 • Janeiro-Junho 2023

Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Jordano Paiva, Diretor Científico do NELB
Alysson Bezerra Miranda, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo
Caio Guimarães Fernandes
Camila Franco Henriques
Leonardo Castro de Bone
Maria Amélia Renó Casanova
Maria Vitória Galvan Momo
Paulo Gustavo Rodrigues
Samara Machado Sucar
Suelen Augusta da Cunha

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)
Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)
Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)
Francisco Rezek, Francisco Resek Sociedade de Advogados (BRA)
Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)
Liliana Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)
Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)

Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Pedro Romano Martinez, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Silvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

ARTIGOS CIENTÍFICOS

AUSÊNCIA DE CONTROLE DA DUPLA INCRIMINAÇÃO COMO FOMENTO AO PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO?

The Absence of Control over Double Criminality as a Stimulus to the Principle of Mutual Recognition?

Antonio Sólon Rudá*¹

Resumo: Neste trabalho, a partir de alguns julgados e doutrinas especializadas, investigo se a ausência de controle da dupla incriminação promovida pela Decisão-quadro 2002/584 fomenta ou não o princípio do reconhecimento mútuo, que é a pedra angular no processo de harmonização entre os Estados-Membros da União Europeia. Depois de partir da hipótese de que a não exigência de verificação da dupla incriminação pode fomentar o processo de reconhecimento mútuo preconizado no Tratado da União Europeia, e de abordar alguns aspetos conceituais, históricos, legislativos e jurisprudenciais, concluo que, de fato, a abolição desse instrumento representa uma barreira a menos no objetivo maior, que é o de se ter uma União Europeia una e consistente na seara jurídico-penal, sendo, portanto, de fato, um espaço de liberdade, segurança e justiça.

Palavras-chave: Harmonização, União Europeia, dupla incriminação, processo penal.

Abstract: In this work, based on some judgments and specialized doctrines, I investigate whether the lack of control of double criminality promoted by Framework Decision 2002/584 promotes or not the principle of mutual recognition, which is the cornerstone in the process of harmonization between States-Members of the European Union. After starting from the hypothesis that the non-requirement of verification of double criminality can foster the process of mutual recognition recommended in the Treaty on European Union, and addressing some conceptual, historical, legislative and jurisprudential aspects, I conclude that, in fact, the abolition This instrument represents one less barrier in the main objective, which is to have a united and consistent European Union in the legal-criminal area, being, therefore, in fact, an area of freedom, security and justice.

Keywords: Harmonization, European Union, double criminality, criminal procedure.

¹ Ph.D. candidate (Ciências Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal); e MSc candidate (Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal). Advogado.

Sumário: 1. Introdução 2. Do Princípio da Dupla Incriminação 2.1. Considerações Preliminares 2.2. Reconhecimento Mútuo como Princípio na União Europeia no Âmbito do Direito Penal 2.2.1. Algumas Abordagens Históricas 2.3. Dupla Incriminação como Princípio na Convenção Europeia de Extradicação 2.4. Dupla Incriminação como Princípio no Mandado de Detenção Europeu 3. Efeitos da Abolição do Controle da Dupla Incriminação na Aplicação Jurisprudencial 3.1. Considerações Preliminares 3.2. Dos Efeitos da Aplicação Jurisprudencial - Acórdão de 3. 5. 2007 — Processo C-303/05 3.3. Da Aplicação Jurisprudencial no Estado Português – Análise de Casos 3.3.1. Considerações Preliminares 3.3.2. Da Lei 65/2003 – Da Recepção da Decisão-Quadro de 2002 3.3.3. Acórdão 2317/06-1 – O Caso do Empreiteiro 3.3.4. Acórdão 367/13.0YRLSB.S1 - STJ – 12/11/2008 4. Das Propostas do Parlamento Europeu Atinentes à Ausência de Controle de Dupla Incriminação - Relatório 2019/2207 – INI 5. A Ausência de Controle de Dupla Incriminação como Fomento ao Princípio do Reconhecimento Mútuo? 6. Conclusão 7. Bibliografia

1. Introdução

Um dos principais objetivos da União Europeia é o “desenvolvimento de uma estreita cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos”, e isso está preconizado no Artigo B do Estatuto da União Europeia, de 29 de julho de 1992. Dessa forma, o instituto da cooperação tem exercido o protagonismo de um princípio imprescindível à União Europeia, e sem precedentes na história, o que se evidencia desde 18 de abril de 1951, quando da assinatura do *Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*², documento que marca o início da

² No preâmbulo desse Estatuto encontra-se os fundamentos que conduziram à ideia de cooperação mútua, nos seguintes termos: considerando que a paz mundial só pode ser salvaguardada por esforços proporcionais aos perigos que a ameaçam; convencidos de que o contributo que uma Europa organizada e viva pode dar à civilização é indispensável para a manutenção de relações pacíficas; conscientes de que a Europa não pode ser construída senão através de realizações concretas que, em primeiro lugar, criem uma solidariedade de facto, e através do estabelecimento de bases comuns para o desenvolvimento económico; desejando contribuir com a expansão de suas produções fundamentais à elevação do padrão de vida e ao progresso das obras de paz; resolveu-se substituir as rivalidades seculares por uma fusão de seus interesses essenciais, fundar com o estabelecimento de uma comunidade económica o primeiro encontro de uma comunidade mais ampla e profunda entre os

materialização do sonho de uma Europa unida (mesmo que inicialmente sobre bases eminentemente econômicas), coesa e consciente de que sem cooperação não haveria um futuro de paz duradoura para os Estados-Membros e para o mundo, como um todo, dada a importância e o protagonismo global de muitos de seus membros.

A partir desse estatuto, termos como: esforços proporcionais; contributo para uma Europa organizada; relações pacíficas; solidariedade de fato; estabelecimento de bases comuns para o desenvolvimento; contribuição; progresso; fusão de interesses essenciais; e instituições capazes de guiar o destino comum, tornaram-se predominantes nos acordos e tratados que se sucederam. É o que se evidencia, por exemplo, na primeira parte do 5º considerando da Decisão-Quadro 2002/584, que recorda que o objetivo da União Europeia, há tempos fixado, é o de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o que conduz à supressão da extradição entre os Estados-Membros e à substituição desta por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias. Em razão disso, a predominância do Poder Judiciário na seara da colaboração mútua reluz na atividade dos juízes nacionais, cujas atuações seguindo um norte colaborativo são imprescindíveis para o reconhecimento mútuo. Tanto o é, que, em recente discurso, Robert Spano, presidente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, fez questão de destacar a importâncias dos juízes nesse arcabouço de boas intenções de colaboração. Segundo ele, referindo-se à Convenção dos Direitos Humanos: “Uma vez que o sistema da Convenção se baseia no princípio da subsidiariedade, essas garantias substantivas devem ser aplicadas pelos juízes nacionais que constituem o que

povos por muito tempo opostos por divisões sangrentas, e lançar as bases de instituições capazes de guiar o destino agora comum.

denominei a nossa “comunidade europeia de juízes”, que aplicam os princípios da Convenção a nível interno”³.

Assim, nesse ambiente de pretensão de cooperação intensa entre os Estados-Membros (resguardado o princípio da soberania), e na ausência de outro instrumento⁴, o reconhecimento mútuo na área jurídica possui destaque significativo e, conseqüentemente, as medidas que objetivam o aprimoramento desse reconhecimento impactam naturalmente as relações internas da União, como é o caso das medidas atinentes à Extradicação, cuja importância da colaboração é um princípio vigente como instrumento multilateral, desde à Convenção Europeia de Extradicação, concluída em 1957, e que teve sua primeira regulamentação quando do estabelecimento da Convenção relativa à extradicação entre os Estados-membros da União Europeia, em 1996, ocasião em que se compreendeu a importância de unir forças pela melhoria do processo de extradicação entre os Estados-membros, em razão de se tratar de uma questão de interesse comum abrangida pelo instituto da cooperação. Presente no âmbito destes dois documentos, tinha-se o princípio da dupla incriminação como uma exigência para a consecução da Extradicação, realidade que foi totalmente alterada com o advento da Decisão-Quadro 2002/584, quando então foi abolida para um rol taxativo de 32 crimes, como se verá oportunamente, fato que tem causado manifestações contra e a favor de tal dispositivo. Se por um lado, se tem a opinião majoritária dos membros do Conselho, pregando tratar-se de um dispositivo que derruba barreiras e facilita a plenitude do

³ Cf. High-level Conference on the Rule of Law in Europe - “The role of European and national courts in upholding the rule of law” - Robert Spano, President of the European Court of Human Rights - Coimbra, 17 May 2021.

⁴ Como afirmam ZAMBIASI e KLEE. Diante da inexistência, ao menos por ora, de um direito supranacional e de aplicação direta e imediata pelos Estados-Membros, o princípio do reconhecimento mútuo. Cf. ZAMBIASI e KLEE, 2018, p. 852.

princípio do reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros⁵, por outro lado, tem-se uma forte oposição de segmentos da comunidade jurídica que sustentam que tal dispositivo fere princípios fundamentais da pessoa humana e até mesmo de postulados que regem a União Europeia⁶.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é investigar a ausência de controle da dupla incriminação, como fomento ao princípio do reconhecimento mútuo no âmbito do Mandado de Detenção Europeu, promovida com o advento da Decisão-Quadro 584 do Conselho, de 13 de Junho de 2002. Portanto, a questão-problema a ser investigada é a seguinte: A abolição do princípio da dupla incriminação no âmbito do princípio do reconhecimento mútuo, ofende princípios e direitos fundamentais dos cidadãos da União Europeia, como alegam alguns críticos, ou, ao contrário, é uma decisão que encontra esteio no objetivo principal da União Europeia, que é o de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, como defendem outros? Utilizando o método de pesquisa bibliográfico-qualitativo, de forma exploratória, a partir de análise de documentos oficiais da União Europeia, como os Tratados e as Decisões-Quadro, e algumas jurisprudências no âmbito de alguns Estados-membros, além de proceder a uma revisão bibliográfica europeia e internacional, sempre dialogando com autores de

⁵ Como pontua RODRIGUES, o reconhecimento mútuo extingue a diferenciação entre cooperação judiciária primária (quando determinado Estado, por si só, executa a decisão emanada por autoridade estrangeira) e secundária (quando o Estado emite uma decisão acerca de pedido emanado por autoridade estrangeira), já que tal princípio opera como alternativa ao auxílio penal secundário. Cf. RODRIGUES, 2008, p. 192.

⁶ É o caso, por exemplo, de NIETO MARTÍN, para quem é possível se falar em flexibilidade da criminalidade, porque, segundo ele, a dupla incriminação não é um equivalente exato do princípio da legalidade penal, nem deve respeitar também o mandato do rigor. Ainda, para esse autor, o próprio conceito de dupla incriminação ou dupla tipificação, no contexto do reconhecimento mútuo, não está nada claro, ou seja, não está claro como se deve comprovar que os fatos pelos quais se solicita a cooperação também são crimes no Estado-membro cooperante. Cf. NIETO MARTÍN, 2018.

posicionamentos antagônicos, pretendo argumentar que a abolição levada à efeito pela Decisão-Quadro 584 do Conselho, de 2002, e complementada pela Decisão-Quadro 909 de 2008, não ofende os princípios que norteiam e fundamentam a existência da União Europeia, ao contrário, vai justamente ao encontro de seus propósitos, pois representa menos um entrave ao reconhecimento mútuo e à facticidade de tornar a União Europeia, de fato, um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, como preconizam seus institutos. A relevância desse tema se justifica por estar inserido no contexto maior que é o do reconhecimento mútuo na área jurídica entre os Estados-Membros, como se evidencia na atuação da área jurídica atinente aos Direitos Humanos, como bem enfatizou Robert Spano, Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em discurso no dia 17 de maio de 2021, que teve como um dos objetivos discutir o papel dos tribunais europeus e nacionais na defesa do Estado de Direito, quando fez questão de pontuar que o poder judiciário é um componente essencial das sociedades democráticas e uma instituição-chave que precisa ser protegida. Segundo ele, “os juízes devem ser independentes de outros órgãos do Estado, o que é crucial em qualquer democracia”.

Este trabalho está dividido em 2 (duas) partes. Na primeira, trato do princípio da dupla incriminação, onde faço um esboço histórico e apresento seus fundamentos. Nesse ponto, me toca primeiro falar sobre o reconhecimento mútuo como um princípio na União Europeia no âmbito do Direito penal. Esse princípio é, digamos assim, o norte que vem sendo perseguido por este grupo de países que hoje já soma 27 Estados. Todos livres, democráticos e soberanos. Em seguida, trato da harmonização penal na União Europeia, onde são abordados os aspectos conceituais, origem e fundamentos, além de outros temas específicos. Na segunda

parte trato da abolição do controle da dupla incriminação, onde serão destacados seus fundamentos e a aplicação jurisprudencial. Nessa esteira, trato da dupla incriminação como princípio no Mandado de Detenção Europeu e da legalidade da abolição do seu controle; tratarei ainda dos fundamentos e das recomendações do Relatório A9-0248/2020 (Comitê de Liberdades Civas, Justiça e Assuntos Internos). Ainda na segunda parte trato da aplicação jurisprudencial no Estado português, onde serão feitas algumas análises de casos e, por fim, abordarei a questão-problema, propriamente dita, que diz respeito à ausência de controle de dupla incriminação como fomento ao princípio do reconhecimento mútuo.

A conclusão preliminar é a da confirmação da hipótese levantada, de que a abolição do princípio da dupla incriminação, feita a partir da Decisão-Quadro de 2002, no bojo do Mandado de Detenção Europeu, não ofende os princípios que norteiam e fundamentam a existência da União Europeia, ao contrário, vai justamente ao encontro de seus propósitos, pois representa menos um entrave ao reconhecimento mútuo e à facticidade de tornar a União Europeia, de fato, um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, como preconizam seus institutos, também um espaço legislativo único, como única é a moeda.

2. Do princípio da dupla incriminação – esboço histórico e fundamentos

2.1. Considerações preliminares

Nesta etapa da investigação falarei do princípio da dupla incriminação, onde farei uma abordagem histórica e tratarei de seus fundamentos, começando pelo seu primeiro corolário, que é o reconhecimento mútuo como princípio na União Europeia no âmbito do direito penal que, por sua vez, tem como corolário o

princípio da harmonização estabelecido no âmbito da União Europeia, como condição para o fortalecimento e crescimento regional. É nesse contexto que tratarei sobre a o princípio da dupla incriminação, considerando-o como requisito e fundamento de um processo de extradição, mormente como elemento-chave no Acordo Europeu de Extradição.

2.2. Reconhecimento mútuo como princípio na união europeia no âmbito do direito penal

O princípio do reconhecimento mútuo foi instituído no *Conselho Europeu de Tampere*, em 1999, e até hoje é um bastião a ser observado e preservado atentamente pelos Estados-Membros. Segundo RODRIGUES, para além do Tratado, esse Conselho “significou o culminar do processo de construção do espaço de liberdade, de segurança e de justiça e, ao mesmo tempo, a promessa de que uma nova fase se iniciava”⁷. Na conclusão de nº 33, foi preconizado que: “O Conselho Europeu subscreve o princípio do reconhecimento mútuo que deve se tornar a pedra angular da cooperação judiciária na União, tanto em matéria civil como penal”. Na mesma conclusão 33, o Conselho defendeu que um “maior reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a necessária aproximação da legislação facilitarão a cooperação entre as autoridades e a proteção judicial dos direitos individuais”. Outra importante conclusão foi a de nº 36, que preconizou que: “O princípio do reconhecimento mútuo deverá ainda aplicar-se aos despachos judiciais proferidos antes da realização dos julgamentos”⁸. Esse princípio expresso tão

⁷ RODRIGUES, 2008, p. 67.

⁸ No mesmo sentido, merece especial destaque a Conclusão de nº 55 merece destaque especial, ao preconizar maior aproximação do direito penal e dos procedimentos relativos à luta contra o

diretamente numa reunião do Conselho Europeu, tornou evidente a preocupação dos países-membros com a questão da harmonização judiciária, mormente em matéria penal, como meio para alcançar os principais objetivos traçados desde a materialização da ideia de uma Europa una. Importa dizer que, em matéria penal, “a harmonização de leis na União Europeia tem como objetivo, portanto, buscar um consenso entre os sistemas punitivos dos Estados-Membros, seja na área das incriminações, sanções ou em questões processuais”⁹. Nesse sentido, o princípio do reconhecimento mútuo está inserido no *princípio da harmonização* que é o sustentáculo na formação da União Europeia, desde seus primórdios. Prova disso é que já no artigo 10 do *Tratado de Paris*, de 18 de abril de 1951, que criou a *Comunidade Europeia de Carbono e Aço*, que é o embrião do que se tem hoje na forma de uma União Europeia, já constava a pretensão de examinar a questão das tarifas e condições de transporte de todos os tipos aplicáveis ao carvão e ao aço, a fim de os *harmonizar* no âmbito da então *Comunidade*, e tudo isso objetivando, segundo o texto, o bom funcionamento do mercado comum que estavam estabelecendo entre os países-membros, naquele momento.

2.2.1. Algumas abordagens históricas

É de comezinho conhecimento que a questão econômica e seus derivados foi o principal motivo de tantas guerras e desentendimentos em toda a Europa ao longo da história, daí a preocupação de primeiro haver uma harmonização na área

branqueamento de capitais. Esse dispositivo não deixa dúvida quanto a disposição dos Estados-Membros em adotarem medidas sistemáticas de harmonização, cooperação e reconhecimento mútuo.
⁹ Cf. RIBOLI, 2019. Ainda, segundo esse autor, Além deste estreitamento de diferentes sistemas jurídicos, a harmonização em matéria penal pode também cumprir fins secundários como o fortalecimento dos objetivos que estruturam a União Europeia.

econômica, para em seguida buscar-se acordos e reconhecimentos mútuos em outras áreas de interesse vital aos Estados-Membros. O que chama atenção nesse processo de harmonização é a preocupação que os Estados-Membros sempre tiveram e têm, com a questão da soberania, principalmente a legislativa. Tanto é que, desde os primeiros tratados se observa em diversos trechos a seguinte cláusula de reserva que, depois de preconizar algum tipo permissivo, salienta: “*com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros*”¹⁰. Não obstante essa preocupação, há de se reconhecer que a bem-sucedida harmonia conseguida na área econômica permitiu maior abertura e aumento do nível de confiança entre os países da Europa que, se no início se mostravam reticentes e resistentes à ideia, terminaram por acreditar e apostar na harmonia como *iter* para o desenvolvimento regional sustentado na confiança e na segurança legislativa e judiciária, mesmo que se materializando de forma gradual e progressiva. Nesse contexto, a busca pela harmonização tem como destaque especial o *Tratado de Maastricht*, de fevereiro de 1992, quando foi instituída a *cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos*, e o da *cooperação policial* (em matéria penal¹¹), o que representou um marco para o que se alcançou a partir de então, e que permite concluir que o objetivo do reconhecimento mútuo na seara da justiça era e é, nomeadamente, acelerar o intercâmbio de decisões judiciais, o máximo possível, respeitando-se, outros caros princípios, como o da legalidade das medidas e o da soberania dos Estados-Membros, mormente a

¹⁰ Cf. no artigo 126 – do Tratado de Maastricht (Holanda), 7 de fevereiro de 1992.

¹¹ Como assevera PINTON, “a cooperação em matéria penal não poderia fazer-se adequada e eficazmente senão quando se avançasse para a possibilidade de um Estado solicitar a outro que levasse a cabo determinadas diligências investigatórias dentro do seu território, entregando ao primeiro o respetivo resultado”. Cf. PITON, 2019, p. 352/353.

soberania legislativa defendida arduamente como observada nas cláusulas de exclusão presentes nos tratados e demais documentos da *União*. E como afirma RODRIGUES, se é certo que o melhor para a cooperação internacional é existir harmonização, o caminho até ela só poderá fazer-se através do reconhecimento mútuo e da confiança interestadual¹².

Entretanto, sair da pretensão teórica para a aplicação prática do princípio do mútuo reconhecimento no âmbito da União Europeia implicou paulatino gerenciamento de interesses por parte das respectivas lideranças nacionais, onde depois de instituírem regras visando harmonização na questão das tarifas e condições de transporte com fins diretos ao bom funcionamento do mercado comum, dentre outros¹³. No mesmo tratado e com o mesmo *objetivo de harmonização*, restou preconizado que os Estados-Membros teriam total liberdade para negociar com países terceiros¹⁴, e no mesmo sentido, pelo referido Tratado, os Estados-Membros acordaram aumentar as taxas que incidiam sobre o aço em dois pontos percentuais, *objetivando facilitar a harmonização* das tarifas aduaneiras¹⁵.

Essa determinação e o foco na harmonização não se perdeu como pretensões pictóricas e foi mais uma vez o farol no Tratado de Roma, assinado em 25 de março de 1957, onde no Artigo 99 a Comissão manifestou a possibilidade de *harmonizar*, no interesse do mercado comum, as legislações de cada Estado-Membro em matéria de impostos sobre o volume de negócios, impostos especiais de consumo e outros impostos indiretos, o que no primeiro momento pode ser

¹² RODRIGUES, 2008, p. 69.

¹³ Tratado de Paris, § 10, pg. 164.

¹⁴ Tratado de Paris, § 15, pg. 171.

¹⁵ Tratado de Paris, § 15, pg. 173.

apontado como importante iniciativa para o mesmo procedimento em outras áreas, como a justiça. É o que ficou preconizado no Artigo 117, onde os Estados-Membros assumiram o compromisso de favorecer a harmonização dos sistemas sociais, bem como a uma aproximação de disposições legislativas. Ainda nesse Tratado tem-se o reconhecimento mútuo assumindo certo protagonismo nas relações da *Comunidade*, como a que se observa no inciso I do Artigo 57, quando aprovou o reconhecimento dos diplomas, certificados e outros títulos, entre os Estados-Membros. No entanto, o artigo 220 é o que mais chama a atenção nesse Tratado, no que tange à essa investigação, pois é quando se registra que entrarão em negociação para o reconhecimento mútuo de empresas e da execução de *decisões judiciais e sentenças de arbitragem*. Também no Tratado de Maastricht, de 7 de Fevereiro de 1992, a Comissão aprovou e passou a adotar disposições relacionadas com a harmonização das legislações relativas aos impostos com a finalidade de assegurar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, no entanto, o que chama a atenção para este trabalho é a *Declaração de cooperação policial* estabelecido nesse Tratado, quando ficou entabulado que os Estados-Membros estariam dispostos a considerar a adoção de medidas concretas em alguns domínios como: assistência às autoridades nacionais encarregadas dos processos criminais e da segurança, nomeadamente em matéria de coordenação de inquéritos e de investigações; constituição de bases de dados comum para tratamento e compartilhamento de informações; e adoção de medidas relativas à formação complementar, à investigação, à criminalística e à antropometria judiciária. Além

disso, acordaram a possibilidade de alargamento dessas cooperações, a partir de, no máximo, dois anos (1994)¹⁶.

Dois outros pontos, igualmente fundamentais, merecem destaque nesse tratado: O primeiro é o artigo ‘B’ das disposições comuns, no Título I, que se estabeleceu como objetivo, o desenvolvimento de uma estreita cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos, e o Artigo K, do Título VI, que instituiu a cooperação nos domínios da Justiça e dos assuntos internos, destacando-se especialmente a *cooperação judiciária em matéria penal*¹⁷ e a cooperação policial visando a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico ilícito de droga e outras formas graves de criminalidade internacional, fortalecendo-se, ainda, a ideia de uma Unidade Europeia de Polícia (EUROPOL)¹⁸. Sobre a natureza dessa cooperação, PINTON destaca a dificuldade de sua implementação, aduzindo que, se é certo que a compreensão da importância de um mecanismo que viesse permitir tal cooperação se impôs rapidamente, por outro lado, sua consagração efetiva foi particularmente difícil. Segundo esse autor, devido ao fato de que os contornos específicos do instrumento a constituir sempre suscitaram intensa discussão, principalmente no que se refere a proteção dos direitos e garantias individuais¹⁹.

¹⁶ Tratado da União Europeia (92 /c 191 /01) - Tratado de Maastricht (Holanda), 7 de fevereiro de 1992.

¹⁷ O Tratado da União Europeia não deixa dúvida quanto a esta matéria, ao preconizar 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 referem o n.º 2 e o artigo 69.o-B. Cf. Tratado de Lisboa, Capítulo 4, no caput do Artigo 69º-A.

¹⁸ Tratado da União Europeia (92 /c 191 /01) - Tratado de Maastricht (Holanda), 7 de fevereiro de 1992.

¹⁹ Cf. PINTON, 2019, p. 353. Ainda, para este autor, “na verdade, ainda que tendo como base o princípio do reconhecimento mútuo, uma tal colaboração entre entidades judiciárias dos diversos países sempre se mostrou particularmente difícil, quer quanto ao tipo de meios de obtenção de prova que pudessem

E essa é a dinâmica progressiva mantida pelos Estados Membros da EU, que sabidamente continuam a ter como objetivo a harmonização de processos penais e crimes diferentes, todavia não se pode olvidar dos grandes entraves, normalmente de natureza política, que, no entanto, não impedem que se vislumbre o reconhecimento mútuo como principal ferramenta de aceleração do intercâmbio de decisões judiciais, entre os diversos Estados-Membros, como o imbróglio que se seguiu à abolição de controle da dupla incriminação, para a lista positiva, surgido no bojo do cumprimento dos mandados de detenção e entrega, que passo a abordar a seguir.

2.3. Dupla incriminação como princípio na Convenção Europeia de Extradução

A dupla incriminação como princípio é uma exigência primaz para efeitos de extradição que deve ser visto não apenas como *conditio sine qua non*, e tampouco como dispositivo a resguardar a legalidade processual, respeitando e protegendo os direitos fundamentais individuais²⁰, mas também e, primordialmente, é um instrumento de colaboração, proteção e respeito ao princípio da soberania²¹ de um Estado-Nação, daí sua indispensável presença nos Tratados

ser utilizados, como quanto à validade dos elementos recolhidos em certo Estado para um processo levado a cabo num outro Estado”. Idem.

²⁰ Segundo LEGIDO, Precisamente por esta razão, as cláusulas sobre o respeito pelos direitos humanos contidas na decisão-quadro não podem ser consideradas meras fórmulas retóricas de finalidade ornamental e subsidiária ao serviço dos princípios orientadores da cooperação judiciária penal. Pelo contrário, o respeito pelos direitos fundamentais não pode ser visto como uma possível ameaça à necessária cooperação judiciária penal, mas sim como o pressuposto existencial da confiança mútua em que esta se baseia. Cf. LEGIDO, 2007, p. 54.

²¹ Segundo NIETO MARTÍN, o princípio da dupla incriminação e a “lista positiva”, que constitui efectivamente o seu equivalente funcional no modelo de cooperação assente no princípio do reconhecimento mútuo, assentam no exercício da soberania sobre a política penal e na segurança jurídica dos cidadãos nacionais. Cf. NIETO MARTÍN, 2018, p. 143.

de Extradicação, de onde se derivou²². Quanto ao significado da dupla incriminação, como afirma NIETO MARTÍN, não é outro senão excluir da cooperação factos que de forma alguma poderiam ser considerados criminosos à luz do direito do Estado de execução, porque não implicam nenhum tipo de censura legal²³. No entanto, não se exige em relação aos tipos penais ensejadores de pedido de extradição, a similaridade *ipis literis* dos textos legais. Sobre isso, tem-se uma importante referência jurisprudencial que é o *caso Heilbronn v. Kendall, 1991*, nos Estados Unidos, onde restou decidido que, para fins de determinação da dupla incriminação em um caso de extradição internacional, aquele tribunal deveria buscar a proscrição por disposições penais semelhantes da lei federal ou, se nenhuma, a lei do local onde o peticionário for encontrado ou, se nenhuma, a lei de preponderância dos estados. O Tribunal, neste caso, decidiu ser suficiente que o ato praticado fosse crime nas jurisdições envolvidas, devendo, portanto, ser feita uma interpretação ampla desse requisito da dupla incriminação, visto que a lei não exigia que o nome pelo qual o crime fosse descrito nos dois países fosse o mesmo, nem que o escopo da responsabilidade fosse coextensivo, ou, em outros aspectos, o mesmo nos dois países. Assim, para o então Tribunal americano, o fato de um determinado ato ser classificado de forma diferente ou de que diferentes requisitos de prova fossem aplicáveis nos dois países não invalidaria a extradição. Portanto, em um caso de extradição internacional, não é essencial que os dois estatutos sejam perfeitamente harmoniosos para fins de dupla incriminação, bastando para sua existência, que o caráter necessário dos atos criminosos de cada país seja o mesmo e que sejam as

²² Como afirma SILVA, “como a dupla incriminação é uma variante dos crimes extraditáveis (previstos em lei ou tratados, em forma de enumeração ou eliminação) podemos concluir que por decorrência, esta passou a ser interpretada em conjunto com a legalidade”. Cf. SILVA, p. 51.

²³ NIETO MARTÍN, 2018, p. 163.

leis substancialmente semelhantes²⁴. Por fim, o Estado requerido não pode, por exemplo, extraditar alguém sem antes verificar se o fato criminoso que recai sobre o sujeito, também é crime no seu ordenamento jurídico.

A dupla incriminação é, dessa maneira, um requisito nos procedimentos de extradição, pois só é permitida para fatos considerados crimes em ambas as jurisdições, e a natureza jurídica de princípio atribuída à exigência de controle de dupla incriminação (ou dupla criminalidade), antes de ser um princípio que veio estampado na Decisão-Quadro de 2002, era um princípio vigente no importante instrumento multilateral, que era a Convenção Europeia de Extradicação, concluída em 1957. Esse princípio constava do Artigo 2.1, e assegurava como fator determinante para que houvesse a extradição, que os factos a serem punidos figurassem como crimes tanto pelas leis da Parte requerente, quanto pelas da Parte requerida. Em outras palavras: A extradição só seria possível se o fato imputado ao agente fosse crime, tanto no país solicitante da extradição, quanto no país a quem se solicitava o traslado.

Assim, não obstante, não constar expressamente o termo *princípio da dupla incriminação*, estava clara sua instituição como exigência, *i.e.*, como *conditio sine qua non*. As relações internacionais possuem regras, e o princípio da dupla incriminação se sobressai sobre todos os demais, quando se trata de um processo de extradição. É, portanto, um requisito fundamental ser o crime pelo qual se pretende a extradição, também crime previsto no ordenamento do país que executará a extradição. Outra exigência é a que se observa no artigo 10 do mesmo Diploma, onde tinha-se a segurança legal de que a extradição não poderia ser

²⁴ Heilbronn v. Kendall, 775 F. Supp. 1020 (W.D. Mich. 1991).

concedida se o prazo de prescrição do delito ou da pena tiver ocorrido em qualquer dos Estados-Membros envolvidos, seja o requerente ou o requerido. Já em 1978, o art. 4º do Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Extradução, preconizava que não seria concedida a extradição por crime incluído na anistia do Estado requerido, caso este tivesse competência para julgá-lo de acordo com a legislação penal interna. Em vigor a partir de 18 de abril de 1960, o Acordo Europeu de Extradução trazia ainda no seu artigo 2º as condições que deveriam ser satisfeitas para que houvesse a extradição entre os Estados-Membros, preconizando que os atos cujas leis da parte Requerente e da parte Requerida sancionem, seja com pena privativa de liberdade ou medida de segurança, e cuja pena imposta seja no mínimo de um ano, dariam ensejo à extradição.

2.4. Dupla incriminação como princípio no Mandado de Detenção Europeu

Com a entrada em vigor da Decisão-Quadro 584/2002, (posteriormente complementada pela Decisão-Quadro 909, de 2008), que instituiu o Mandado de Detenção Europeu (MDE)²⁵, substituiu-se o então Acordo de Extradução existente (que na verdade ainda não havia sido ratificado por todos os países membros). Esse novo instrumento, de maneira expressa, ancorado no princípio do reconhecimento

²⁵ O mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade. Assim, *ipis litteris*, O artigo 1º da Decisão-Quadro 2002/584. Trata-se, portanto, de “um instrumento superior de cooperação judiciária, específico do espaço da União Europeia, distinto da extradição, porquanto assente no princípio do reconhecimento mútuo. Um procedimento inteiramente juridicizado/judicializado. Juridicizado porque não há qualquer juízo de oportunidade política na decisão. Judicializado porque a cooperação se faz directamente entre as autoridades judiciárias dos Estados-Membros, sem qualquer intervenção do poder executivo”. Cfr. em Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P4352. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Maia Costa.

mútuo, que significa que uma vez emitido por um Estado-Membro o MDE tem de ser diretamente reconhecido e executado pelo Estado-Membro que o recebe, com exceção para alguns casos específicos, apontados no Artigo 3º²⁶. Estampado no Artigo 2.2 da referida Decisão-Quadro, a redação elenca um rol de 32 delitos, considerados graves, que estariam sujeitos à entrega nos termos do MDE, todavia, pelo novo texto, a necessidade de que o fato seja considerado crime de forma bilateral, ou seja, no país requerente e no requerido, foi substituída pela exigência de que o fato seja considerado crime apenas no país requerente. E os legisladores ainda acrescentaram de forma expressa no final do parágrafo, que a entrega atinente àqueles crimes deveria ocorrer *sem controle da dupla incriminação do fato*²⁷. Nesse sentido, não obstante a instituição do MDE ter ocorrido há mais de 19 anos, e em que pese o descontentamento de alguns Estados-Membros e parte da doutrina, o fato é que a abolição do controle da dupla incriminação trazido por esse instituto tem suscitado algum desconforto em alguns Estados-Membros e em parte da doutrina especializada²⁸. No entanto, o certo é que o MDE se tornou principal

²⁶ Cfr. DECISÃO-QUADRO DO CONSELHO de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (2002/584/JAI). “3. O Conselho pode decidir a qualquer momento, deliberando por unanimidade e após consulta ao Parlamento Europeu nas condições previstas no nº 1 do artigo 39.o do Tratado da União Europeia (TUE), aditar outras categorias de infrações à lista contida no nº 2 do presente artigo. O Conselho analisará, à luz do relatório que a Comissão lhe apresentar em virtude do nº 2 do artigo 34.o, se se deve aumentar ou alterar aquela lista”.

²⁷ Cfr. DECISÃO-QUADRO DO CONSELHO de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (2002/584/JAI). “2. As infrações a seguir indicadas, caso sejam puníveis no Estado-Membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos e tal como definidas pela legislação do Estado-Membro de emissão, determinam a entrega com base num mandado de detenção europeu, nas condições da presente decisão-quadro e sem controlo da dupla incriminação do facto”.

²⁸ Nesse sentido, tem-se a doutrina de RODRIGUES, para quem a abolição da dupla incriminação pode representar um salto no caminho da construção do “direito penal europeu” e não um “passo”,

instrumento de reconhecimento mútuo no âmbito jurídico, além de um meio eficaz e desburocratizante de trasladar um indivíduo criminoso entre os Estados-Membros.

3. Efeitos da abolição do controle da dupla incriminação na aplicação jurisprudencial

3.1. Considerações preliminares

Nada mais objetivo e esclarecedor que o *Quinto Considerando* da Decisão-Quadro 584/2002, que busca fundamentar a instituição do Mandado de Detenção Europeu nos artigos 31º, nº 1, alíneas *a* e *b*, UE e 34º, nº 2, alínea *b*, na medida em que estampa as razões e as necessidades da medida, preconizando que o objetivo que a União Europeia fixou, no sentido de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça²⁹ leva à necessidade de supressão dos burocratizantes instrumentos da extradição entre os Estados-Membros, e à substituição destes por um *sistema de entrega* entre autoridades judiciárias. Ademais, segundo o esse Considerando, a instauração desse novo regime de simples entrega de pessoas condenadas ou suspeitas para efeitos de execução de sentenças ou de procedimentos penais, permite suprimir a complexidade e a eventual morosidade inerentes aos atuais procedimentos de extradição. Para o Conselho, os clássicos e burocratizantes instrumentos de cooperação atinentes à extradição, deveria dar

que pressupõe uma reflexão coerente, global e democrática sobre “o direito penal europeu que queremos”. (aspas no original). Cf. RODRIGUES, 2008, p. 192.

²⁹ A criação desse espaço implica criar e consolidar um espaço judiciário comum, baseado na articulação entre a confiança mútua e o reconhecimento, o que constituem um ambiente de trabalho *sui generis*, que se afasta das noções de soberania e território estatal. Cf. KERCHOVE e WEYEMBERGH, 2005, p. 252.

lugar a um sistema de livre circulação das decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial como transitadas em julgado, sempre primando por um espaço comum de liberdade, de segurança e de justiça. No *Sexto Considerando*, o Conselho assevera que o MDE (a que qualifica de pedra angular da cooperação judiciária), constitui a primeira concretização no domínio do Direito penal, do princípio do reconhecimento mútuo. Por fim, nos termos do *Sétimo Considerando*, o Conselho deixa claro que o objetivo do MDE é substituir o sistema de extradição multilateral, que todavia não pode ser realizado pelos Estados de forma unilateral, no entanto, devido à sua dimensão e aos seus efeitos, melhores resultados ao nível da União, podem ser alcançado, com a adoção, pelo Conselho, de medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade referido no artigo 2.º do Tratado da União Europeia e no artigo 5.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Nesse sentido, a abolição da extradição, e do controle da dupla incriminação para um rol taxativo de 32 delitos, ao lado da eliminação de entraves burocráticos na entrega de nacionais a outro Estado-Membro, estão entre as principais medidas trazidas à baila com a entrada em vigor da Decisão-Quadro 2002/584 que disciplinou o MDE, todavia, a abolição da dupla incriminação é a que mais tem suscitado questionamentos e motivado posicionamentos antagônicos, a depender do interesse em disputa. KERCHOVE e WEYEMBERGH aduzem que inicialmente os ministros do Conselho Europeu trabalharam com um número de apenas 15 delitos, e que, todavia, com o advento dos atentados de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, esse número foi elevado aos 32 até hoje vigentes³⁰. Ainda segundo esses autores, antes do fatídico dia 11 de setembro não havia

³⁰ KERCHOVE e WEYEMBERGH, 2005, p. 33.

consenso quanto à questão da eliminação ou não da exigência da dupla incriminação, tanto o é que, somente alguns meses antes, votaram pela manutenção dessa exigência num apertado quórum de 8 a 7. Para esses autores, “visto que as decisões do Conselho são tomadas por unanimidade, é preciso compreender que o Conselho nunca teria sido capaz de abolir a dupla incriminação sem a intervenção dos Chefes de Estado e de Governo devido aos efeitos de 11 de setembro”³¹.

Feitas essas considerações iniciais, neste tópico abordarei a aplicação jurisprudencial da abolição da exigência de dupla incriminação, onde tratarei do caso *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*, que foi o primeiro do TJUE, cujo objeto era um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 35º UE, apresentado pelo *Arbitragehof*, da Bélgica, contra a Decisão-Quadro 584 de 2002, e de alguns casos enfrentados pela jurisprudência portuguesa. Tratarei finalmente da hipótese de a ausência de controle de dupla incriminação apresentar-se como fomento ao Princípio do reconhecimento mútuo, onde serão abordadas as propostas do Parlamento Europeu e as recomendações contidas no recente Relatório do Comitê de Liberdades Cívicas, Justiça e Assuntos Internos, da União Europeia. Pretendo, assim, demonstrar que a ausência de controle da dupla incriminação é uma medida que fortalece a confiança³² e o princípio do reconhecimento mútuo, visto que os Estados-Membros possuem maturidade

³¹ KERCHOVE e WEYEMBERGH, 2005, p. 33. Ainda segundo esses autores, “a abolição da dupla incriminação deixou de constar do texto resultante das negociações, ou seja, do Protocolo de 16 de outubro de 2001 à Convenção sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia (JO, n.º C 326, 21 de novembro de 2001, p. 1). Idem.

³² A confiança de que se fala em se tratando da ausência de controle da dupla incriminação não é unânime, e tampouco teria que ser. Nesse contexto, há que se considerar que “alguns estudiosos argumentam que o princípio da dupla incriminação esconde uma falta de confiança. A teoria mostra uma abolição da dupla incriminação para 32 crimes, mas a prática mostra que os Estados-membros não estão realmente dispostos a abrir mão de sua soberania tão rapidamente”. Cf. DURAKU, p. 10.

suficiente tanto para requerer, quanto para executar decisões emanadas de seus pares, sem os entraves burocráticos de outrora.

3.2. Dos efeitos da aplicação jurisprudencial - Acórdão de 3. 5. 2007 — Processo C-303/05 - *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*

Não obstante a entrada em vigor da Decisão-Quadro 584 de 2002, 20 dias após a data de sua assinatura, que se deu em 13 de junho de 2002, e que, em atenção ao disposto no artigo 32, foi somente a partir de 1º de janeiro de 2004 que as novas normas e instrumentos atinentes aos procedimentos de entrega passaram a vigorar, não demorou até que fossem questionadas. Foi o que ocorreu no caso *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*, onde apresentou-se um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça, cujo objeto era a apreciação de validade da referida Decisão 2002/584/JAI do Conselho, apresentado no bojo de um recurso de anulação da Lei belga de 19 de Dezembro de 2003 relativa ao MDE, interposto por *Advocaten voor de Wereld*. Uma das alegações da parte impetrante era a de que na medida em que o referido dispositivo da Decisão-Quadro eliminava o controle da dupla incriminação relativamente às infrações nele mencionadas, seria então um ato contrário ao *princípio da igualdade e da não discriminação*, bem como ao *princípio da legalidade penal*. Nesse diapasão, a insatisfação da parte *Advocaten voor de Wereld* foi com os próprios ditames da Decisão-Quadro 2002/584, e em razão disso ajuizou ação no *Arbitragehof* requerendo a anulação (total ou parcial) da Lei de 19 de Dezembro de 2003, que transpôs para o direito interno da Bélgica as disposições da referida Decisão-Quadro.

Analiticamente, a alegação da *Advocaten voor de Wereld* foi a de que a Decisão-Quadro seria inválida, porque o MDE seria uma matéria que deveria ter sido regulada por Convenção e não por Decisão-Quadro, uma vez que elas só poderiam ser adoptadas para efeitos de «aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros»³³, o que, segundo eles, não seria o caso. Para a impetrante, o artigo 5º, inciso 2, da Lei de 19 de Dezembro de 2003, que transpôs para o direito interno belga o inciso 2, do artigo 2º da referida Decisão-quadro, violaria o princípio da igualdade e o da não discriminação, pois, segundo eles, os factos puníveis mencionados da Decisão-Quadro, em caso de execução de um mandado de detenção europeu, instituiria uma derrogação sem justificação objetiva e razoável à exigência da dupla incriminação, quando essa exigência se mantivesse relativamente a outras infrações. Ainda, segundo a *Advocaten voor de Wereld*, a Lei belga de 19 de Dezembro de 2003, também não estaria respeitando o princípio da legalidade penal, na medida em que deixou de enumerar as infrações de conteúdo normativo claro e preciso, restringindo-se apenas a categorias vagas de comportamentos condenáveis. Segundo a parte impetrante, a autoridade judiciária que deveria tomar uma decisão sobre a execução de um MDE não disporia de informações suficientes para controlar de forma efetiva se as infrações pelas quais o arguido é procurado, ou pelas quais lhe foi aplicada uma pena, estariam abrangidas por uma das categorias mencionadas no artigo 5º, nº 2, da referida lei. Para eles, a inexistência de uma definição clara e precisa das infrações

³³ Nos termos do artigo 34º, nº 2, alínea b, do TEU. Vale anotar que a Decisão-Quadro foi instituída pelo Tratado de Amsterdã, cuja natureza jurídica era a de um ato de Direito comunitário derivado, aplicado no âmbito da cooperação policial e judicial em matéria penal. Todavia, trata-se de um instrumento jurídico que foi extinto pelo Tratado de Lisboa, que a substituiu pela figura jurídica denomina Diretiva, conforme se verifica no Artigo 83 do referido Tratado.

objeto dessa disposição levaria a uma aplicação discordante da referida lei pelas diversas autoridades responsáveis pela execução de um MDE e, por essa razão, violaria igualmente o princípio da igualdade e da não discriminação.

Por sua vez, o *Arbitragehof* observou que a Lei de 19 de Dezembro de 2003 seria consequência direta da decisão do Conselho de regular a matéria do MDE por intermédio de uma Decisão-Quadro. Desta maneira, segundo esse órgão, as críticas da *Advocaten voor de Wereld* à referida lei valeriam também para a Decisão-quadro, pois as divergências de interpretação entre as instâncias judiciais relativamente à validade de atos comunitários e da legislação que os implementa no direito interno comprometeriam também a unidade da ordem jurídica comunitária, violando, assim, o princípio geral da segurança jurídica. O *Arbitragehof* acrescentou ainda que o Tribunal de Justiça teria competência exclusiva para decidir a título prejudicial sobre a validade das Decisões-quadro, uma vez que o Reino da Bélgica, como Estado-Membro, aceitou a competência do Tribunal de Justiça em matéria penal, nos termos do artigo 35º, incisos 1 e 2, respectivamente. Ante a tais argumentos, a corte de arbitragem belga suspendeu o processo e o submeteu ao Tribunal de Justiça Europeu, suscitando duas importantes questões prejudiciais, sendo a primeira sobre se a Decisão-Quadro 2002/584 estaria em conformidade com o artigo 34º, nº 2, alínea *b*, UE, que preconiza que as Decisões-Quadro só poderiam ser adotadas para efeitos de aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros; e a segunda, sobre se o artigo 2º, nº 2, da Decisão-quadro 2002/584, uma vez que eliminaria o controle da condição da dupla incriminação relativamente às 32 infrações aí elencadas, estaria em conformidade com o artigo 6º, nº 2, UE, nomeadamente com o princípio

da legalidade em matéria penal, consagrado nessa disposição e com o princípio da igualdade e da não discriminação.

Sobre a primeira questão, o Tribunal vai se manifestar no sentido de que, ao contrário do que sustenta a *Advocaten voor de Wereld*, nada permite concluir que a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros, através da adoção de Decisões-Quadro apenas abranja as normas de direito penal dos Estados-Membros mencionadas no artigo 31º, nº 1, alínea e, UE. Para o Tribunal, não obstante, seja verdade que o mandado de detenção europeu também poderia ter sido objeto de convenção, ao Conselho também caberia privilegiar o instrumento jurídico decisão-quadro, desde que se encontrassem preenchidos, como foi o caso, os requisitos da adoção de tal ato. Portanto, para o Conselho, a decisão-quadro não foi adotada em violação do artigo 34º, inciso 2, alínea b, EU, como alegou a *Advocaten*. Sobre a segunda questão, que é a que interessa diretamente para os fins deste trabalho, o Tribunal sustentou que não caberia razão à *Advocaten voor de Wereld*, que alegava que decisão-quadro, na medida em que elimina o controle da dupla incriminação relativamente às infrações nele mencionadas, seria contrário ao princípio da igualdade e da não discriminação, bem como ao princípio da legalidade penal.

Para o Tribunal de Justiça Europeu, compete-lhe analisar a validade da decisão-quadro à luz dos princípios que lhe são caros, como o do Estado de direito e dos direitos fundamentais, bem como os princípios gerais do direito comunitário e, nesse sentido, embora o artigo 2º, nº 2, da decisão-quadro suprima o controle da dupla incriminação para as categorias de infrações nele mencionadas, a sua definição, bem como as penas aplicáveis, continua a competir ao direito do Estado-Membro de emissão, que deve, todavia, respeitar os direitos fundamentais e os

princípios jurídicos fundamentais consagrados no artigo 6º UE e, por conseguinte, o princípio da legalidade dos crimes e das penas. Em resumo, o Tribunal concluiu que, na medida em que suprime o controle da dupla incriminação relativamente às infrações nele mencionadas, não é inválido por violação do artigo 6º, nº 2, UE e, mais especificamente, dos princípios da legalidade dos crimes e das penas e da igualdade e da não discriminação. Concluiu, por fim, que a análise das questões colocadas não revelou nenhum elemento suscetível de afetar a validade da referida decisão-quadro. Chama atenção no julgamento as palavras do Advogado-Geral Ruíz Jarabo, que sustentou que o princípio da legalidade tinha de ser cumprido pelo tipo de crime em que se baseia a condenação, ou seja, pelo juiz processante (responsável por cumprir direitos e garantias fundamentais³⁴), e que a dupla incriminação seria simplesmente mais um pressuposto ao qual o Estado poderia subordinar a cooperação.

3.3. Da aplicação jurisprudencial no Estado português – Análise de casos

3.3.1. Considerações preliminares

O problema dos efeitos da abolição da dupla incriminação no Direito interno português tem sido tratado de forma a compreender como sendo normal a ausência desse dispositivo, como se observa no Acórdão 2317/06 -1, onde foram discutidas as formalidades da dupla incriminação, para alguns crimes, como o de falência por contabilidade irregular e o desvio de ativos e de abuso de bens sociais,

³⁴ Como assevera NIETO MARTÍN, a divisão do trabalho é o aspecto chave para compreender porque é que este sistema rápido e eficiente não descarta direitos e garantias. Cf. NIETO MARTÍN, 2018.

caso em que foi deferida a Execução do MDE, sob o argumento de que a dupla incriminação apenas impõe que as leis de ambos os Estados (de emissão e de execução) sancionem os factos como constitutivos de um crime, sem necessidade de sancionamento idêntico com base em idênticos tipos legais. Neste tópico, além de trazer à lume alguns aspectos jurídicos atinentes ao Acórdão 2317/06-1, também tratarei Lei n.º 65/2003, que aprovou o regime jurídico do MDE (em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho) que, dentre outros aspectos, acentua que basta que a infracção seja punível pela lei portuguesa, independentemente dos seus elementos constitutivos ou da sua qualificação, para que seja legal o processo de entrega, o que tangencia, assim, o problema da ausência de controle da dupla incriminação.

3.3.2. Da lei 65/2003 – Da recepção da Decisão-Quadro de 2002

A lei portuguesa n.º 65/2003, de 23 de Agosto é o dispositivo legal que aprovou e transpôs para o direito interno português o regime jurídico do MDE, em cumprimento à Decisão Quadro n.º 2002/584/JAI, do Conselho. O artigo 1.º desta Lei é autoexplicativo, ao tratar da noção e dos efeitos deste Diploma legal, quando aduz que o MDE 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 liberdade³⁵. E ainda, que é executado com base no princípio

³⁵ Nas palavras de AGUIAR BRANCO, tanto a EUROPOL, quanto o MDE, são instrumentos que servem para “dotar a União de instituições e instrumentos cada vez mais adequados a combater o fenómeno criminal transnacional, lá onde as competências e a jurisdição das autoridades estaduais de per si se revelam exíguas”. Cf. AGUIAR BRANCO, 2005, p. 19.

do *reconhecimento mútuo* e em conformidade com o disposto na presente lei e na Decisão Quadro nº 2002/584. No nº 3 do Artigo 2º, a Lei deixa claro “no que diz respeito às infrações 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 infração punível pela lei portuguesa, independentemente dos seus elementos constitutivos ou da sua qualificação”. Esse dispositivo põe por terra eventuais questionamentos atinentes exigência da literalidade *ipis litteris* do tipo penal, atendo-se, tão somente, à natureza criminal do fato.

3.3.3.Acórdão 2317/06-1 – O caso do empreiteiro

Este caso diz respeito a um pedido de cumprimento de um MDE promovido pelo Procurador-Geral-Adjunto ao STJ, em face de um empreiteiro português que foi acusado na França por diversos crimes, como falência por contabilidade irregular e desvio de ativos; abusos de bens sociais; burla e falsificação e uso de documentos falsos, que teriam ocorridos entre os anos de 2003 e 2005, e cujas penas possuem duração máxima de até 5 anos de prisão. Insatisfeito com o instituto do MDE que pesava contra si, o arguido impetrou recurso de oposição ao referido mandado, fundamentando-o nas seguintes questões: a) desconhecimento da real pretensão e objetivo do MDE; b) ausência de fundamentação quanto à real necessidade do MDE; e c) Não citação das possíveis consequências das respetivas infrações. Suscitou também a possibilidade de recusa³⁶, ao abrigo do artigo 12º da

³⁶ Como aduz ROCHA, com supedâneo em ROSA PAIS, 2009, p. 810, “a recusa de cumprimento só deve se dar com fundamento reconhecidamente relevante, apto a afastar a ideia de circulação livre das decisões judiciais no espaço europeu comum”. Cf. ROCHA, 2019. O MDE está, todavia, “sujeito a uma reserva de soberania, que em alguns casos impõe ao Estado Português a recusa da execução do mandado (art. 11º) e noutros lhe permite que o faça (art. 12º)”. Cfr. em Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 06P4352. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Maia Costa.

referida Lei Nacional, sob a alegação de que os crimes de falência por contabilidade irregular e desvio de ativos, e de abusos de bens sociais, não serem punidos pelo ordenamento jurídico-penal português; alegou, por fim, violação do princípio da presunção de inocência e do direito à liberdade, além de suscitar a necessidade de tribunal acionar a faculdade prevista na alínea *c* do artigo 13º, que diz respeito à obrigação de o Estado-Membro fornecer garantias de emissão em casos especiais. Não obstante aos reclames do arguido, o Tribunal os enfrentou, fundamentando-os, tanto na legislação interna e na da União Europeia, em razão disso, ao final, por unanimidade, os rejeitou, aduzindo que nem a lei portuguesa, nem a Decisão-quadro de 2002/585, ou mesmo o princípio do reconhecimento mútuo, exigem que o MDE seja acompanhado de cópia do despacho que ordenou a emissão daquele mandado ou do despacho que ordenou a detenção. Decidiu ainda que a referida lei não impõe a indicação de todas as possíveis consequências da infração, limitando-se a prescrever que elas sejam indicadas “na medida do possível”, sendo, pois, tal medida, facultativa. Quanto à arguição de não previsão das infrações no Diploma penal português, citando o nº 2 do artigo 2º da citada lei n.º 65/2003, o Tribunal decidiu que basta que a infração seja “punível pela lei portuguesa, independentemente dos seus elementos constitutivos ou da sua qualificação. O Tribunal se manifestou aduzindo que a dupla incriminação apenas impõe que as leis de ambos os Estados (de emissão e de execução) sancionem os factos como constitutivos de um crime, sem necessidade de sancionamento idêntico com base em idênticos tipos legais. Ao fim e ao cabo, os juízes acordaram em deferir a execução do MDE emitido em pela justiça francesa.

Da dita decisão do Tribunal, infere-se que a justiça portuguesa se coaduna de forma inquestionável com o princípio do reconhecimento mútuo que tem

pautado instrumentos jurídicos desburocratizantes, como o MDE, nomeadamente pela abolição da exigência da dupla incriminação para o rol de 32 crimes elencados na Decisão-quadro 2002/584.

3.3.4. Acórdão 367/13.0YRLSB.S1 - STJ – 12/11/2008

Este acórdão diz respeito ao caso de um cidadão português que impetrou recurso, segundo o Tribunal, não para discutir requisitos formais do MDE emitido contra si, mas para, tão somente, tentar abalar a convicção probatória sobre a sua efetiva participação nos factos que lhe foram imputados. O recorrente invocou também a circunstância de o eventual crime ter sido praticado no todo ou em parte em Portugal e a existência de processo pendente em Portugal relativamente aos mesmos factos, ao que o Tribunal indicou faltar-lhe fundamento para tal arguição, aduzindo que, segundo o Ministério Público, o recorrente foi sujeito passivo apenas em uma TIR de determinado inquérito, onde possuía contra si, as suspeitas de envolvimento com tráfico de estupefacientes entre Portugal e Holanda, mediante uso de viaturas alteradas, todavia, não existiria nenhuma relação com o processo de MDE, não havendo, portanto, nenhum entrave ou obstáculo processual oponível à entrega do sujeito às autoridades francesas, colocando por terra qualquer pretensão de reconhecimento de relação de interdependência e de subsidiariedade, temporal e material, entre os factos imputados em Portugal e os imputados como sendo cometidos em França, Estado emissor. Ademais, nesse caso, o Tribunal apontou subsunção direta entre o fato e o tipo penal preconizado na legislação portuguesa. Ao enfrentar, designadamente o problema da qualificação jurídica do tipo penal em ambos os Estados envolvidos, viés seguido pelo impetrante para pugnar pela nulidade do acórdão, o Tribunal esclareceu que, considerando as informações

prestadas pela justiça francesa, que é o Estado emissor do MDE, o envolvimento do arguido, como coautor de crime de branqueamento por tráfico, era suficiente para subsunção e fundamento para a emissão do referido MDE sem controle de dupla incriminação, haja vista tratar-se de fato punível com pena superior a 3 anos de prisão.

Desta maneira, a dispensa da exigência da dupla incriminação nos termos da Decisão-quadro foi enfrentada no caso em apreço, onde se pretendia a nulidade do acórdão, quando o Tribunal acordou que o requisito da dupla incriminação pode ser apreciado de diferentes formas, e que, inclusive na doutrina, essa apreciação é feita de duas formas: apreciação *in concreto* e a apreciação *in abstracto*, sendo que nesta, o que estaria verdadeiramente em causa seria a avaliação se a qualificação dos factos contida na sentença estrangeira (francesa) corresponderia à qualificação prevista no direito do Estado requerido (Portugal). Nesse caso, segundo a decisão, basta uma correspondência entre a qualificação jurídica e o *nomen iuris*, ou seja, o comportamento do agente tem que constituir uma infracção, quer no Estado requerente, quer no Estado requerido, o que, para o Tribunal, seria um modo de apreciação mais superficial e, por conseguinte, mais ligeiro. Por sua vez, na apreciação *in concreto* não seria suficiente tal exigência (verificação da identidade de qualificação do comportamento do sujeito), necessário ainda, portanto, que o agente seja efetivamente punido, o que reclama o exame de todos os elementos objetivos ou subjetivos do sujeito que possam repercutir-se sobre sua punição. O Tribunal salienta que no regime vigente em Portugal, em razão da aplicação da Lei 65/2003, basta a mera verificação *in abstracto* da dupla incriminação, uma vez que o artigo 31.0, n.º 2, exige tão só a "simples verificação de que o facto seja punível em ambas as ordens jurídicas", "com pena ou medida privativa da liberdade de

duração máxima não inferior a um ano". Desta forma, considerando o rol de 32 crimes elencado no n.º 2, do Artigo 2.º da referida Decisão-quadro, onde se verifica a exclusão do controle da dupla incriminação se, e somente se, estiver presente uma condição adicional, qual seja, a de que as infracções em causa sejam "puníveis, no Estado-Membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a 3 anos", o que, segundo o Tribunal, a supressão do controle só se admitiria nos casos de criminalidade grave³⁷. Ao final, o Tribunal decidiu que no presente caso seria somente em função desse critério que se permitiria uma apreciação do controle da dupla incriminação, e em razão disso, o Acórdão atacado pelo recurso não mereceria qualquer crítica, concluindo, assim, que inexistente controle de dupla incriminação atenta a circunstância de o branqueamento de capitais proveniente de tráfico ser punido com pena de prisão superior a três anos no estado de emissão. Por fim, não haveria se falar em nulidade do acórdão por omissão de pronúncia uma vez que ele teria se pronunciado sobre todas as questões que lhe caberia se pronunciar, e em razão disso o recurso foi julgado improcedente.

3.4. Das propostas do Parlamento Europeu atinentes à ausência de controle de dupla incriminação - Relatório 2019/2207 – INI

A ausência de controle da dupla incriminação surge como uma das questões que mais suscitam esclarecimentos nos procedimentos de entrega, no âmbito do MDE, e por esta razão o tema tem sido enfrentado constantemente não só pelos

³⁷ NADJA LONG, 2010, p. 25. Os 32 crimes graves enumerados no mandado de detenção europeu não estão sujeitos ao controlo da dupla incriminação se forem puníveis com uma "pena privativa de liberdade ou ordem de detenção por um período máximo de pelo menos três anos" e, no entanto, são considerados crimes graves.

tribunais internos, como pelo próprio Tribunal de Justiça Europeu. Nesse contexto, tem-se as propostas de resolução do Parlamento Europeu (Relatório 2019/2207 – INI), que dentre tantas considerações, reservou especial destaque à questão da dupla incriminação, reconhecendo inicialmente que é uma ferramenta jurídica de difícil compatibilidade com o princípio de reconhecimento mútuo, o que, naturalmente, justifica sua abolição para os referidos 32 crimes. Ademais, esse reconhecimento por parte do Parlamento, vai ao encontro da própria natureza e significado de harmonização para todo esse processo, afinal, por harmonização tem-se um instrumento usual que tem como um de seus principais objetivos a eliminação ou redução de divergências legislativas entre diferentes Estados-membros, como ocorre em matéria de regulação do mercado interno da União Europeia³⁸. Tais propostas se inserem no âmbito de algumas recomendações para melhorar o funcionamento do MDE, quando pontua que a dupla verificação da criminalidade é um instrumento que limita o reconhecimento mútuo e que, de acordo com o TJUE, deve ser interpretada de forma restritiva, não obstante reconhecerem que subsistem preocupações quanto à falta de uma definição adequada das infrações penais às quais já não se aplica a regra da dupla incriminação. Propõe ainda que se observe que o reconhecimento mútuo deve funcionar, preferencialmente de forma automática, sem necessidade de reavaliação dos motivos para a acusação, bem como que as decisões não sejam recusadas se

³⁸ PINTO, 2013, p. 79.

não houver motivos para invocar um dos motivos de recusa³⁹⁴⁰ já previstos na Decisão-Quadro do MDE ou ainda se houver outro fato que justifique a limitação dos princípios do reconhecimento mútuo e da confiança mútua entre os Estados-Membros.

Notadamente no que toca à confiança mútua, observa-se a perene necessidade de que seja, de fato, produto de articulação entre essa confiança e o reconhecimento⁴¹, e não de imposição, como bem assevera RODRIGUES, ao se posicionar contra o modelo posto (que certamente estar por merecer reforma textual para que propicie melhor interpretação), para quem “a confiança mútua que devem demonstrar os Estados-Membros revela-se problemática, desde logo, quando se coloca o problema de ela se dever impor, apesar das divergências, por vezes muito profundas, entre os sistemas jurídicos penais dos diferentes Estados. Neste caso, ligada à abolição da dupla incriminação, pode traduzir uma tendência para privilegiar um direito penal securitário”⁴². Todavia, não se pode confundir imposição de articulação com a imposição da confiança mútua, propriamente dita,

³⁹ Os motivos de não execução obrigatória do mandado de detenção europeu estão anotados no artigo 3º da Decisão-quadro, onde preconiza que a autoridade judiciária do Estado-Membro de execução recusa a execução de um mandado de detenção europeu nos seguintes casos: 1. Se a infração na origem do mandado de detenção estiver abrangida por amnistia no Estado-Membro de execução, quando este for competente para o respetivo procedimento penal nos termos da sua legislação penal; 2. Se das informações de que dispõe a autoridade judiciária de execução resultar que a pessoa procurada foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado-Membro, na condição de que, em caso de condenação, a pena tenha sido cumprida ou esteja atualmente em cumprimento ou não possa já ser cumprida segundo as leis do Estado-Membro de condenação”. A partir desses preceitos, o legislador português elencou um rol de fatores excludentes, nos termos do nº 1 do artigo 12 da Lei 65/2003.

⁴⁰ Essa terminologia é uma das novidades da Decisão-quadro, pois como afirma RODRIGUES, a expressão “recusa” de execução, que daria a ideia de juízo discricionário sobre a decisão de agir ou não, dá lugar aos “motivos de não execução”, rompendo com o antigo conceito de “exequatur”. Cf. RODRIGUES, 2008, p. 192.

⁴¹ Cf. KERCHOVE e WEYEMBERGH, 2005, p. 252.

⁴² Cf. RODRIGUES, 2009, p. 41.

que deve ser geradora de respeito pelos direitos fundamentais e de segurança na cooperação judiciária em matéria penal⁴³ visto que isso desvirtua a natureza democrática que deve permear as relações multilaterais da própria União Europeia.

3.5. A ausência de controle de dupla incriminação como fomento ao Princípio do reconhecimento mútuo?

Cooperação, conjugação de interesses, confiança, celeridade, disposição, assistência, reciprocidade, são termos que estão inseridos na ideia de *reconhecimento mútuo*, princípio pelo qual se pautam todas as medidas jurídicas e políticas da União Europeia, quando o que pretendem é *harmonização* total entre os Estados-membros, nas diversas áreas consideradas fundamentais para a materialização de uma Europa unida, de fato e de direito. Nesse contexto, a cooperação independente (sem interferência de qualquer natureza, seja política ou econômica) que deve haver entre as autoridades judiciárias, num ambiente onde os interesses das partes envolvidas não se sobrepõem ao interesse maior, que é o da União, a partir de um clima de mútua confiança, de forma célere e desburocratizante e com a certeza da reciprocidade, são fatores que, conjugados, parece conduzir ao que de fato pretendem os Estados-membros, que é uma Europa como um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. Inference-se do arcabouço legislativo, nomeadamente da Decisão-quadro 2002/584, que não há sobrado espaço para qualquer medida figurar como imposição de natureza absoluta, principalmente ao prestigiar a relatividade de decisões na medida em que se prevê que sejam revisadas por Tribunais competentes. Entretanto, submetidos ao interesse da própria União Europeia, esse relativismo não resiste, visto que os Estados-membros se obrigam a

⁴³ Cf. LEGIDO, 2007, p. 54.

cooperar e a assistirem-se mutuamente objetivando o interesse comum por um processo célere e comprometido com os princípios que norteiam a própria União Europeia, o que caracteriza o MDE como principal instrumento desse processo. É nesse ambiente jurídico democrático que se insere a questão da abolição do controle da dupla incriminação no âmbito do MDE.

Importante pontuar que o MDE se insere num contexto de cumprimento de metas estabelecidas nos diversos tratados que moldaram o que hoje é e representa a União Europeia, que é um espaço que privilegia as decisões judiciais com o objetivo maior que é a segurança de seus cidadãos, na medida em que garante que a justiça penal sempre logrará alcançar aqueles que a desafiarem, pois, o combate à criminalidade é um dos faróis que se persegue. Nesse contexto, é razoável que se compreenda que a eliminação de entraves como os existentes nos processos de extradição, vai ao encontro do que de fato pretendem os Estados-membros para a União Europeia⁴⁴. Não obstante não se notar uma abolição total do princípio da dupla incriminação, mas tão somente a obrigatoriedade de sua verificação para os 32 crimes elencados no Artigo 2º, nº 2, da Decisão-quadro, o que se observa é a materialização de um importante passo rumo a uma Europa cada vez mais unida e pronta a cooperar para cada vez mais apresentar-se fortalecida em todas as áreas, como a jurídica. Portanto, com total respeito às vozes dissonantes, ao abolir, a verificação do requisito da dupla incriminação para as infrações ali elencadas, vislumbra-se que tal medida parece representar mais um fomento ao princípio do

⁴⁴ Como pontua MIGUEL, “Foi depois, com a DQ n.º 2002/584/JAI e a Lei n.º 65/2003, relativas ao Mandado de Detenção Europeu, que se aboliu o princípio da dupla incriminação e se alterou a necessidade de haver acordo no tipo de crime para se poder extraditar. Esta ausência de controlo resultou do entendimento de que só assim se melhoraria a cooperação policial e judiciária em matéria penal”. Cf. MIGUEL, 2015, p. 43.

reconhecimento mútuo no âmbito da União Europeia, do que um desafio negativo a este. Não obstante as críticas contrárias à ausência de controle da dupla incriminação, mormente por eventualmente representar alguma transgressão às garantias individuais fundamentais, é importante, todavia, que não se perca de vista o avanço que tal atitude desburocratizante representa. Como sustenta SOUZA, “deve-se considerar que os delitos previstos na “lista positiva”, que possibilitam a expedição do mandado europeu de detenção, já foram objeto de harmonização em nível de direito europeu”⁴⁵.

4. Conclusão

O objetivo deste trabalho foi investigar em que medida a ausência de controle da dupla incriminação, constituiria um fomento ao princípio do reconhecimento mútuo no âmbito do Mandado de Detenção Europeu, a partir da Decisão-Quadro 584 do Conselho, de 13 de Junho de 2002. A questão-problema da qual parti foi se a abolição do princípio da dupla incriminação no contexto do princípio do reconhecimento mútuo, ofenderia princípios e direitos fundamentais dos cidadãos da União Europeia, como alegam alguns críticos, ou, ao contrário, se se trataria de uma decisão que encontra esteio no objetivo principal da própria União Europeia, que é o de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, como defende outro seguimento da doutrina. Pois bem, depois de visitar algumas doutrinas contra e a favor e alguns julgados onde a parte impetrante questionava a abolição da verificação da dupla incriminação nos processos de

⁴⁵ SOUZA, 2018, pp. 23/24. Ainda, segundo esse autor, “preserva-se o interesse da União em evitar que, no caso de delitos graves, os diferentes standards de incriminação dos Estados-Membros determinem áreas de impunidade que possam vulnerar o espaço de liberdade, segurança e justiça”. *Idem*.

entrega, mormente o princípio da legalidade, chegou-se à conclusão, que a abolição levada à efeito pela Decisão-Quadro 584 do Conselho, de 2002, e complementada pela Decisão-Quadro 909 de 2008, não ofende os princípios que norteiam e fundamentam a existência da União Europeia. Portanto, em que pese merecer alguns reparos, como maior valorização de uma construção articulada e harmônica, a fim de que se elimine qualquer vestígio de eventuais imposições, a não exigência de controle de dupla incriminação vai ao encontro dos propósitos traçados pela União Europeia a partir de seus Tratados, pois representa menos um entrave ao reconhecimento mútuo e possibilita, de fato, a realização do objetivo maior que é a existência de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. A relevância do restou evidenciada pela importância e representatividade dos autores que tiveram suas bibliografias consultadas. Desta forma, com total respeito às vozes divergentes, penso que a não exigência de verificação de dupla incriminação, além de não ferir qualquer princípio que norteia a formação da União Europeia, representa um importante passo para a materialização de um Direito penal europeu, e um salto qualitativo para a supremacia cada vez mais sólida do reconhecimento mútuo entre seus Estados-membros.

Bibliografia

AGUIAR BRANCO, José Pedro. Liberdade de circulação e circulação de liberdade – Inclusão, diversidade e criminalidade na União Europeia. conferência proferida no Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, em Coimbra, a 8 de Janeiro de 2005 Disponível em: <https://infoeuropa.eurocid.pt/files/database/000021001-000022000/000021543.pdf>.

Consulta realizada em 25 de junho de 2021, às 15:00hs.

DURAKU, Kosovare. Abolishing the Principle of Dual Criminality in the European Arrest Warrant Framework Decision. Disponível em <https://bit.ly/3h90Acb>. Consulta realizada em 25/06/2021, às 17:10hs.

HIGH-LEVEL CONFERENCE on the Rule of Law in Europe - “The role of European and national courts in upholding the rule of law” - Robert Spano, President of the European Court of Human Rights - Coimbra, 17 May 2021.

KERCHOVE, Gilles de, WEYEMBERGH, Anne. La confiance mutuelle dans l’espace pénal européen. Editions de l’Université de Bruxelles. 2005.

LEGIDO, Angel Sánchez. La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2007.

MIGUEL, Catarina Sofia do Carmo. A abolição da dupla incriminação no mandado de detenção europeu. (Dissertação de Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. 2015.

NADJA LONG, Lecturer. Harmonization of criminal law in the EU: A special focus on the US judicial system. European Parliament, Brussels, 2010.

NIETO MARTÍN, Adán. La cuestionable decisión de los jueces alemanes en el caso Puigdemont. Almacen de Derecho. Publicado em 8 de abril de 2018. Disponível em <https://bit.ly/3vsT2XS>. Consulta realizada em 26/05/2021, às 06:35hs.

_____, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: oportunidades y retos para la cooperación judicial, in Armonización penal en Europa, European Inklings (Eui), Número 2, 2018.

PINTO, Inês Horta. A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PITON, André Paulino. A cooperação judiciária em matéria penal na união europeia – a prova e a proteção dos direitos fundamentais. In Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 24 - n. 2 - MAI-AGO 2019.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldades. In Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 819-854, mai.-ago. 2019.

ROCHA Jorge Bheron. Permanência, nacionalidade e residência do procurado como causa de não execução facultativa do Mandado de Detenção Europeu: o caso português. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 889-923, mai-ago 2019.

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

_____, Anabela Miranda. O Mandado de Detenção Europeu – na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto? In Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ROSA PAIS, Ana Isabel. A Ausência de Controlo da Dupla Incriminação no Âmbito da Decisão-quadro Relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve Anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça de Maio de 2007. Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Iuridica 98 Ad Honorem – 5.2009.

SILVA, Anamara Osório. Dupla incriminação no direito internacional contemporâneo. In Teses USP – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SOUZA, Alexander Araujo de. Os Principais Instrumentos de Combate à Criminalidade Organizada Transnacional no Âmbito da União Europeia. In Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 68, abr./jun. 2018.

ZAMBIASI, Vinícius Wildner; KLEE, Paloma Marita Cavol. A (possibilidade de) não execução do mandado de detenção europeu fundamentada no tratamento ou pena cruel ou degradante. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 845-886, mai.-ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3bTIVDN>. Consulta realizada em 25 de maio de 2021, às 14:30hs.