

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NA INTEGRAÇÃO EUROPEIA E O
DIREITO PENAL**

**DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y EL
DERECHO PENAL**

Iris Saraiva Russowsky¹

RESUMO: O presente artigo analisa a evolução dos direitos fundamentais no bloco de integração europeu e sua interface com o direito penal. Em um primeiro capítulo analisa-se a consagração gradativa desses direitos na integração regional através dos tratados constitutivos e da atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Integração Europeia. Direito Penal

RESUMEN: El presente artículo analiza la evolución de los derechos fundamentales en el bloque de integración europeo y su interfaz con el Derecho penal. En un primer capítulo se analiza la consagración gradual de esos derechos en la integración regional a través de los tratados constitutivos y de la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Integración europea. Derecho penal

INTRODUÇÃO

A integração europeia trouxe uma liberdade de circulação de pessoas (além das liberdades de circulação de mercadorias, serviços e capitais), bastante avançada entre os Estados-Membros integrantes do bloco. Essa liberdade, inicialmente apenas tida como positiva, acabou por trazer algumas consequências não tão positivas no tocante a segurança dentro do bloco, pois, ao mesmo tempo que facilitava e desenvolvia as relações comerciais, ela também privilegiava a livre circulação de criminosos, o que poderia levar à um nível elevado de impunidade penal.

Dessa forma, inicia-se nas antigas Comunidades Europeias (hoje União Europeia) uma preocupação com a segurança do bloco, buscando-se meios cooperativos em matéria policial e judiciária-penal que possam diminuir a falta de segurança, enfim,

¹ Doutora em direito pela UFRGS, mestre em direito pela UFRGS. Advogada e professora no ensino superior. E-mail: iris@rwgp.com.br

buscando-se uma política criminal mais integrada. (RODRIGUES, 2011). No entanto, essa segurança não pode se desenvolver de forma tão repressiva a ponto de violar os direitos dos cidadãos, devendo-se buscar um equilíbrio entre segurança e o respeito aos direitos fundamentais por parte das instituições comunitárias.

Assim, temos a consolidação do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça. O Tratado de Lisboa (2009), trouxe modificações no tocante a esfera de liberdade e segurança, ou seja, no âmbito dos direitos fundamentais na União Europeia e na esfera penal e processual penal. Essas modificações acabam por atingir diretamente a cooperação policial e judiciária em matéria penal, principalmente com a eliminação do sistema de pilares europeus, o que leva a União a possuir competências no âmbito do antigo terceiro pilar² (até então intergovernamental), modificações essas objeto do presente artigo.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA: UMA CONSAGRAÇÃO GRADATIVA

O respeito aos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia foi ganhando espaço com o passar do tempo. Inicialmente observa-se uma preocupação quase nula quanto à observância dos direitos fundamentais por parte dos órgãos comunitários, mas esse quadro acaba mudando com o passar dos anos e com a atuação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE).

1.1 O TJCE: uma atuação essencial

Originalmente, nos tratados constitutivos das três comunidades (CEE, CECA e Euratom), tratados de Paris (1951) e de Roma (1957), não existia qualquer menção ao

² A União Europeia, antes da reforma institucional trazida pelo Tratado de Lisboa (2009), era dividida em três pilares: o primeiro pilar correspondia ao pilar comunitário, composto pelas Comunidades Europeias; o segundo pilar era o pilar conhecido como PESC, Política Externa e de Segurança Comum; e, por fim, o terceiro pilar era o pilar da cooperação policial e judiciária em matéria penal. O primeiro pilar era um pilar baseado na supranacionalidade enquanto que o segundo e o terceiro eram predominantemente intergovernamentais.

princípio de proteção dos direitos fundamentais, sendo esses tratados caracterizados pela fundamental omissão da previsão de um catálogo de direitos fundamentais. (GORJÃO-HENRIQUES 2001, p. 17-38).

Assim, em um primeiro momento no bloco europeu, existiam duas esferas distintas, dois círculos que, inicialmente, não se comunicam, mas que, com o passar dos anos e, principalmente com a atuação do TJCE (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias)³, esses dois círculos começaram a dialogar.

A relação dos direitos fundamentais com o TJCE pode ser dividida, segundo a doutrina, em basicamente três fases. A primeira fase foi denominada de *agnosticismo valorativo*, caracterizada pela impossibilidade do juiz comunitário reconhecer os direitos fundamentais como parâmetro de apreciação e validade dos atos comunitários, tendo como referência o caso *Stork*⁴, de 1959, *Consórcio do Carvão do Ruhr e Scarlata*, havendo a ausência de tutela de direitos fundamentais em um nível comunitário. Nessa fase, o juiz comunitário afirmava total irrelevância dos direitos fundamentais, protegidos nacionalmente, para o direito comunitário. (GORJÃO-HENRIQUES 2001, p.28).

Nessa fase os valores pelos quais o TJCE se orientou, para as suas decisões, foram praticamente apenas o da liberdade de mercado e de concorrência, representados pela exigência da aplicabilidade direta e primado do direito comunitário. (CORREIA, 2011). Aqui observamos um desinteresse do TJCE de fiscalização dos atos comunitários sob a perspectiva dos direitos fundamentais, o que o levou a embates com certos tribunais constitucionais dos Estados-Membros, como aconteceu com os tribunais na Alemanha e na Itália, os quais acabaram por declarar a inconstitucionalidade de normas comunitárias em virtude de sua incompatibilidade com os direitos fundamentais figurados no catálogo nacional. Nesse período o tribunal Constitucional Alemão profere decisão na qual entendeu que quando houver conflito entre disposições de direito comunitário e disposições constitucionais ligadas aos direitos fundamentais, estas últimas deveriam prevalecer, tendo-se em vista que as transferências de competências

³ Hoje denominado de Tribunal de Justiça da União Europeia.

⁴ Esse caso trata de um pedido de anulação contra ato da Alta Autoridade do Carvão e do Aço, ajuizado pela empresa STORK contra a Alta Autoridade da EU do Carvão e do Aço. Nesse caso o juiz comunitário não reconhece os DF como parâmetro para apreciação da validade dos atos comunitários.

passadas para a Comunidades não poderiam privar os cidadãos dos seus direitos fundamentais. (MARTINS, 2011).

Uma segunda fase de relação do TJCE com os direitos fundamentais tem início com o caso *Stauder* e *Internationale Handelsgesellschaft* de 1969 e 1970, respectivamente, sendo delimitada pelo reconhecimento ativo dos direitos fundamentais, desencadeando a comunitarização desses direitos, pelo recurso aos princípios gerais de direito⁵, onde os direitos fundamentais constantes nas constituições dos Estados-Membros passaram a ser considerados como princípios gerais de direito comunitário. Aqui temos uma proteção reforçada dos direitos fundamentais, desde que eles primem pelo direito comunitário.

O Acórdão *Stauder*⁶ marca expressamente a passagem de uma fase *agnóstica* para uma fase de reconhecimento ativo dos direitos fundamentais, “*compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cujo respeito é assegurado pelos tribunais*”. No entanto, apenas é declarada a obrigação de respeito pelos direitos fundamentais individuais, ficando em aberto o problema da existência e modo de proteção de direitos fundamentais coletivos. (GORJÃO-HENRIQUES, 2001, p. 29).

Evolutivamente surge o caso *Internationale Handelsgesellschaft*, decidido pelo TJCE em 17 de dezembro de 1970.⁷ A solução do caso *Stauder* teve desenvolvimento no caso *Internationale Handelsgesellschaft*, observando-se a recepção material da obrigação de respeito pelos direitos fundamentais, sendo reafirmado que os direitos

⁵ Princípios gerais de direito: são princípios reconhecidos pelos direitos internos dos Estados, a partir do momento que esses princípios passam a ser utilizados por várias nações eles passam a tomar uma forma internacional. Os princípios gerais de direito são princípios cânones que não foram ditados explicitamente pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imaneente no ordenamento jurídico.

⁶ Nesse caso estava em discussão a interpretação da versão alemã de uma decisão da Comissão que permitia o fornecimento a preço reduzido de manteiga excedentária a certos consumidores beneficiários de assistência social. Segundo a versão alemã, o direito a tal fornecimento implicava que o consumidor se apresentasse munido de uma senha com seu nome, enquanto que as outras versões linguísticas da referida decisão deixava a cada Estado-Membro a sua forma de individualização do benefício, assim, o caso foi levado ao TJCE, alegando-se violação ao princípio fundamental da isonomia e do direito a não-discriminação. O TJCE manifesta-se no sentido de que a disposição controvertida não revela qualquer elemento suscetível de colocar em causa os direitos fundamentais individuais.

⁷ O caso *Internationale Handelsgesellschaft* trata-se de decisão, a título prejudicial sobre a validade de um artigo de um regulamento da CEE que estabelece a organização comum de mercado no setor de cereais e um artigo que dispunha sobre os certificados de importação e exportação para cereais, especificamente sobre a validade do regime dos certificados de exportação e da caução com ele conexas.

fundamentais são inerentes ao direito comunitário enquanto parte integrante dos princípios gerais do direito. Esse acórdão lança alguma luz sobre a noção material de princípios gerais de direito, inspirados nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, mas enquadrados na estrutura e objetivos específicos da obra comunitária.

Enfim, a terceira fase de relação dos direitos fundamentais com o TJCE, caracterizou-se pela determinação de um critério amplo de reconhecimento dos direitos fundamentais, tendo como caso emblemático o caso *Nold*⁸. Nesse caso, o TJCE buscou apoiar-se nas orientações fornecidas pelos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em cuja elaboração ou assinatura os Estados-Membros tenham colaborado. (GORJÃO-HENRIQUES, 2001, p. 32). Assim, nessa fase, há o reconhecimento, pelo TJCE, que as tradições constitucionais comuns, as constituições dos Estados-Membros e os instrumentos internacionais de proteção de direitos fundamentais formam um vasto conjunto normativo de revelação dos direitos fundamentais, surgindo um expoente favorável a uma garantia efetiva desses direitos.

Dessa forma, o TJCE passa a resolver seus casos, interpretando o direito comunitário à luz das disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), chegando até mesmo a poder anular atos comunitários com fundamento na violação de normas da CEDH. Com isso, as normas constitucionais consolidadas por tradições constitucionais comuns inscritas em convenções internacionais (como no caso da CEDH) foram recebidas e incorporadas na ordem jurídica comunitária como princípios gerais do direito. Assim, as tradições constitucionais comuns (i), as próprias Constituições dos Estados-Membros (ii), bem como os instrumentos internacionais relativos aos Direitos do Homem, aos quais os Estados-Membros hajam aderido ou cooperado (iii) formaram um vasto conjunto normativo de revelação dos direitos

⁸ O caso *Nold* trata de um pedido de anulação de decisão da Comissão relativa à novas regras de venda de carvão, na qual a Comissão autorizava uma empresa mineira a subordinar o fornecimento direto de carvão à celebração de contratos bienais vinculativos, nos quais esteja prevista uma compra mínima de 6000 toneladas para abastecimentos de lares domésticos e pequena indústria. O TJCE decide no sentido de que a fixação de tais critérios é justificada não apenas pelas condições técnicas de exploração das empresas mineiras de carvão, mas também pelas dificuldades econômicas da exploração das empresas mineiras de carvão, assim, os atos não são considerados discriminatórios.

fundamentais que devem ser garantidos pelo juiz comunitário, em cooperação com os tribunais nacionais. (DUARTE, 2011).

Após o caso *Nold* observa-se o juiz comunitário consolidando os direitos fundamentais como princípios gerais de direito, fonte não escrita, na qual a ordem jurídica comunitária, via TJCE, se declara disposta a anular, declarar inválido ou inaplicável qualquer ato comunitário que viole um direito fundamental, tendo no caso *Rutil* de 1975, então, o tribunal feito menção expressa em uma decisão, à CEDH.⁹

Em 1979 o TJCE, no caso *Wachhauf*, reafirmou que em virtude de uma jurisprudência constante, os direitos fundamentais fazem parte dos princípios gerais de direito que o TJCE assegura respeitar. (DEITOS, 2011). Em 1991, no caso *Er*, então, o TJCE reconheceu que a CEDH reveste um significado particular entre os princípios gerais de direito, cujo respeito é assegurado pela ordem jurídica comunitária.

1.2 A previsão dos direitos fundamentais nos tratados constitutivos da união europeia

Após o papel fundamental do TJCE na garantia de segurança aos direitos fundamentais, a presença desses direitos nos tratados constitutivos do bloco adquire importância. O Ato Único Europeu¹⁰, de 1986, marca uma evolução no modo de referir os princípios fundamentais, sobretudo em seu parágrafo 3 e 5 do preâmbulo¹¹. O

⁹ No seu conjunto, as limitações introduzidas aos poderes dos Estados-membros em matéria de polícia de estrangeiros apresentam-se como a manifestação específica de um princípio mais geral consagrado pelos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da Convenção para Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, ratificada por todos os Estados-membros, e do artigo 2.º do protocolo n.º 4 da mesma convenção, assinado em Estrasburgo, a 16 de Setembro de 1963, que dispõem, em termos idênticos, que as ofensas aos direitos garantidos pelos referidos artigos, em virtude das necessidades de ordem e segurança públicas, não poderão ultrapassar o âmbito do que é necessário para protecção daquelas necessidades «numa sociedade democrática».

¹⁰ O ato único europeu foi um instrumento institucional que alterou o pela primeira vez o Tratado de Roma, instituindo um projeto de Tratado de Maastricht. Ele tinha como principal objetivo a eliminação das fronteiras técnicas e físicas no território europeu.

¹¹ DECIDIDOS a promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados-Membros, na Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social.

Tratado de Maastricht¹², de 1992, inseriu uma norma especial, o artigo F, n.2 do TUE¹³, que afirmou a vinculação da União aos direitos fundamentais tal como consagrados no CEDH, enquanto princípios gerais de direito correspondentes às tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. (GORJÃO-HENRIQUES, 2001, p. 24).

O Tratado de Amsterdã (1997, vigência 1999) não gerou muitas mudanças no âmbito institucional europeu, vindo a criar o espaço europeu de segurança, liberdade e justiça. No entanto, apesar de não trazer mudanças expressivas institucionalmente, no âmbito dos direitos fundamentais marca um avanço significativo na proclamação do respeito devido ao princípio da democracia e às liberdades fundamentais. Esse Tratado, em seu art. 7 e 309 CE estabelece mecanismo de sanção para os Estados que violem os princípios de forma grave e persistente, possibilitando um recurso de suspensão do direito de voto nas instituições comunitárias no caso de violação grave e persistente aos princípios enunciados no art. 6.

No ano de 2000 (07 de dezembro de 2000), em Nice, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão, proclamaram a Carta de Direitos Fundamentais e Liberdades Fundamentais da União Europeia. Essa carta corresponde a um documento de 54 artigos, divididos em sete capítulos distintos, mas ela não possui força jurídica vinculante, sendo um instrumento de *soft law*, sendo aplicável a instituições da União Europeia e aos países membros sempre que apliquem a legislação comunitária. Apesar de ser *soft law*, a carta teve como principal objetivo dar maior visibilidade e transparência ao sistema de proteção dos direitos fundamentais já existentes na União, tornando mais explícitos os parâmetros, que até então baseavam-se somente na jurisprudência do TJCE.

¹² O tratado de Maastricht foi um marco significativo no processo de integração europeia. Foi com o tratado de Maastricht que o objetivo econômico inicial das Comunidades Europeias, visualizada pelo objetivo de um mercado comum, ultrapassou e tomou uma dimensão mais política.

¹³ Artigo F

1. A União respeitará a identidade nacional dos Estados-membros, cujos sistemas de governo se fundam nos princípios democráticos.
2. A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.
3. A União dotar-se-á dos meios necessários para atingir os seus objetivos e realizar com êxito as suas políticas.

Com o Tratado de Lisboa (2009), observa-se uma evolução importante no tocante a proteção dos direitos fundamentais, pois, no momento que menciona a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia em seu texto, acaba dando valor jurídico vinculativo à Carta, que até então detinha apenas força vinculativa política (Nice, 2000). Dessa forma a União passou a dispor de um catálogo de direitos fundamentais, o que pode ser invocado nos tribunais da União Europeia e tribunais nacionais. (MARTINS, 2011, p. 111). O Tratado de Lisboa inseriu a Carta de Direitos e Liberdades Fundamentais da União Europeia entre os seus tratados constitutivos, marcando, assim, uma evolução fundamental.¹⁴

¹⁴ No preâmbulo do tratado é observado a menção ao respeito aos direitos fundamentais¹⁴, além do art. 2 do TUE temos a previsão de respeito à Dignidade da Pessoa Humana:

Artigo 2.º

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

No art. 6 do TUE temos a previsão de obrigatoriedade de respeito aos DF:

Artigo 6.º

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.

2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

Além disso, temos um protocolo relativo ao n.2 do art. 6º do Tratado da União Europeia, previsão de respeito a adesão da União à Convenção Europeia para Protecção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais

AS ALTAS PARTES CONTRATANTES

ACORDARAM nas disposições seguintes, que vêm anexas ao Tratado da União Europeia e ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia:

Artigo 1.º

O acordo relativo à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (adiante designada "Convenção Europeia"), prevista no n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia, deve incluir cláusulas que preservem as características próprias da União e do direito da União, nomeadamente no que se refere:

a) Às regras específicas da eventual participação da União nas instâncias de controlo da Convenção Europeia;

Além da modificação relativa aos direitos fundamentais na União Europeia, o Tratado de Lisboa (2009) demonstra uma modificação bastante relevante em matéria penal, ocorrida, principalmente com o fim da pilarização do bloco europeu (ou despilarização) (MARTINS, 2011, p. 125), havendo, assim, uma comunitarização dos assuntos relativos a essa matéria, refletindo diretamente na área de cooperação policial e jurídica penal.

2.1 A evolução do direito penal na União Europeia

A estrutura pretérita ao Tratado de Lisboa (2009), dividia as competências no bloco de integração europeia em três pilares: um primeiro pilar com configuração supranacional, no qual os Estados-Membros transferiram uma parcela relevante de suas competências e soberania para a União Europeia; um segundo pilar denominado de PESC – Política Externa e Segurança Comum, no qual observamos uma estrutura intergovernamental, baseada em um estrutura de cooperação intergovernamental em matéria de assuntos externos e de segurança; e, por fim, um terceiro pilar, com estrutura

b) Aos mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos correctamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso.

Artigo 2.º

O acordo a que se refere o artigo 1.º deve assegurar que a adesão da União não afecte as suas competências nem as atribuições das suas instituições. Deve assegurar que nenhuma das suas disposições afecte a situação dos Estados-Membros em relação à Convenção Europeia, nomeadamente no que se refere aos seus Protocolos, às medidas tomadas pelos Estados-Membros em derrogação da Convenção Europeia, nos termos do seu artigo 15.º, e às reservas à Convenção Europeia emitidas pelos Estados-Membros, nos termos do seu artigo 57.º.

Artigo 3.º

Nenhuma disposição do acordo a que se refere o artigo 1.º afecta o artigo 344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Anexo do Tratado de Lisboa: A. DECLARAÇÕES RELATIVAS A DISPOSIÇÕES DOS TRATADOS.

1. Declaração sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que é juridicamente vinculativa, confirma os direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. A Carta não alarga o âmbito de aplicação do direito da União a domínios que não sejam da competência da União, não cria quaisquer novas competências ou atribuições para a União, nem modifica as competências e atribuições definidas nos Tratados.

também intergovernamental, correspondente a cooperação policial e judiciária em matéria penal. (CORDEIRO, 2004, p.2).

O direito penal, inicialmente, constituía uma ramificação do ordenamento jurídico de competência exclusiva de cada Estado-Membro, tanto na criação de normas penais quanto na imposição de sanções, sendo considerado uma afirmação da soberania estatal. Dessa forma, em um primeiro momento, na União Europeia, a doutrina era pacífica no sentido de afirmar que a Comunidade Europeia não possuía competência para legislar em matéria penal. No entanto, esta doutrina passou a repensar esse entendimento. (CORDEIRO, 2004, p.2).

A cooperação jurídica em matéria penal na União Europeia, até a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, fazia parte do terceiro pilar da União, pilar intergovernamental, o que acabou por limitar o desenvolvimento dessa cooperação, consequentemente impossibilitando-se pensar em um direito penal europeu. Inicialmente, nos tratados constitutivos da União, não havia qualquer dispositivo prevendo a cooperação judiciária, tendo em vista que o objetivo desses tratados (Paris 1951 e Roma 1957) era basicamente econômico, apenas o art. 220 do TCEE previu a simplificação da execução de decisões judiciais e laudos arbitrais. (GARRIGA, 2009. p. 163-200). Com o Tratado de Maastricht (artigo K.1¹⁵) houve disposição expressa sobre

¹⁵ *Artigo K.1*

Para a realização dos objetivos da União, nomeadamente o da livre circulação de pessoas, e sem prejuízo das atribuições e competências da Comunidade Europeia, os Estados-membros consideram questões de interesse comum os seguintes domínios:

- 1) A política de asilo;
- 2) As regras aplicáveis à passagem de pessoas nas fronteiras externas dos Estados-membros e ao exercício do controlo dessa passagem;
- 3) A política de imigração e a política em relação aos nacionais de países terceiros:
 - a) As condições de entrada e de circulação dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros;
 - b) As condições de residência dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros, incluindo o reagrupamento familiar e o acesso ao emprego;
 - c) A luta contra a imigração, permanência e trabalho irregulares de nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros;
- 4) A luta contra a toxicomania, na medida em que esse domínio não esteja abrangido pelos pontos 7, 8 e 9 do presente artigo;
- 5) A luta contra a fraude de dimensão internacional, na medida em que esse domínio não esteja abrangido pelos pontos 7, 8 e 9 do presente artigo;
- 6) A cooperação judiciária em matéria civil;
- 7) A cooperação judiciária em matéria penal;
- 8) A cooperação aduaneira;

a política de cooperação policial e judiciária em matéria penal, sendo usados mecanismos de cooperação para a persecução desse objetivo. Além disso, no art. K.2 do Tratado de Maastricht fica previsto essa cooperação dentro dos limites e respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁶

O próximo passo dado na consolidação da cooperação em matéria penal foi com o Tratado de Amsterdã, de 1999, que além de ter desenvolvido papel importante na consagração dos direitos fundamentais no âmbito comunitário, teve como objetivo manter e desenvolver a União como um espaço de liberdade, segurança e justiça, institucionalizando o acordo de Schengen¹⁷ em escala europeia (objetivo esse que foi efetivamente consagrado no Tratado de Lisboa, no qual houve um reforço ao espaço de liberdade, segurança e justiça).¹⁸

Em seguida do Tratado de Amsterdã, em Tampere, houve uma reunião dos Conselhos de Estado e de Governo dos Estados-Membros que acordaram, nessa ocasião, em adotar o princípio do reconhecimento mútuo como “pedra angular” na cooperação em matéria penal no território da União, além de levar a cabo a criação da Eurojust. (GARRIGA, 2009). Após Tampere tivemos a implementação do “Programa de Haia”, de 2004, com o objetivo de fortalecimento do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça. O Tratado de Nice de 2000 também trouxe modificações no âmbito fundacional da União, no entanto, no tocante a cooperação policial e judiciária em

9) A cooperação policial tendo em vista a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico ilícito de droga e outras formas graves de criminalidade internacional, incluindo, se necessário, determinados aspectos de cooperação aduaneira, em ligação com a organização, à escala da União, de um sistema de intercâmbio de informações no âmbito de uma Unidade Europeia de Polícia (Europol).

¹⁶ Artigo K.2

1. As questões a que se refere o artigo K.1 serão tratadas no âmbito da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra em 28 de Julho de 1951, e tendo em conta a proteção concedida pelos Estados-membros às pessoas perseguidas por motivos políticos.

2. O presente Título não prejudica o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna.

¹⁷ O acordo de Schengen teve início em 1985, firmando-se um acordo de livre circulação entre cinco países, de modo que o deslocamento entre esses cinco países passaram a ser tratados como deslocamentos domésticos.

¹⁸ Esse espaço busca uma livre circulação sem o comprometimento da segurança no bloco, pois a segurança no âmbito nacional não é suficiente para combater os crimes transnacionais que preocupam o espaço europeu.

matéria penal, mas suas alterações não foram significativas, apenas fazendo referência expressa à Eurojust em seu art. 31 TUE¹⁹.

Até então, temos a cooperação policial e judiciária em matéria penal sendo pertencente ao terceiro pilar comunitário, pilar basicamente intergovernamental, no qual realiza-se as ações nesse campo por meio de decisões-quadro, decisões, posturas comuns e normas convencionais, o que acaba por “atrasar” o desenvolvimento do bloco nesse campo. Além disso, o próprio TJCE teve oportunidade de manifestar-se nos anos de 2003, 2005 e 2007²⁰, sobre a competência da comunidade europeia em matéria penal, sustentando que a comunidade não tinha competência em matéria de direito penal, exceto nos casos ligados ao meio ambiente (GARRIGA, 2009), assim decidindo o TJCE no processo C-176/03. O acórdão Maria Pupino, processo no TJCE C-105/03²¹, sublinha a proteção dos direitos da pessoa, sendo relevante para a efetiva aplicação da

¹⁹ Artigo 31.o

1. A ação em comum no domínio da cooperação judiciária em matéria penal terá por objectivo, nomeadamente:

- a) Facilitar e acelerar a cooperação entre os ministérios e as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, inclusive, quando tal se revele adequado, por intermédio da Eurojust, no que respeita à tramitação dos processos e à execução das decisões;
- b) Facilitar a extradição entre os Estados-Membros;
- c) Assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros, na medida do necessário para melhorar a referida cooperação;
- d) Prevenir os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros;
- e) Adoptar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga.

2. O Conselho promoverá a cooperação através da Eurojust:

- a) Permitindo à Eurojust facilitar a coordenação adequada entre as autoridades nacionais dos Estados-Membros competentes para a investigação e o exercício da ação penal;
- b) Favorecendo o contributo da Eurojust para as investigações relativas aos processos referentes a formas graves de criminalidade transfronteiriça, especialmente quando se trate de criminalidade organizada, tendo em conta nomeadamente as análises da Europol;
- c) Promovendo a estreita cooperação entre a Eurojust e a Rede Judiciária Europeia, designadamente a fim de facilitar a execução das cartas rogatórias e dos pedidos de extradição.

²⁰ Caso Maria Pupino, processo n. C-105/03; CASO Comissão/Conselho de 13 de setembro de 2005, processo C-440/05; caso Comissão/Conselho de 23 de outubro de 2007, processo C-440/05.

²¹ Trata de questão prejudicial relativa ao estatuto da vítima em processo penal. Maria Pupino teve processo instaurado contra si, pois era educadora de infância, acusada de ter provocado ofensas à integridade física a alunos com idade inferior a cinco anos na data da prática dos fatos. Nesse caso o TJCE decidiu que a decisão-quadro que trata do estatuto da vítima deve assegurar as crianças que prestem depoimento um nível adequado de proteção, assim, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a tomar em consideração as regras de direito nacional no seu todo e interpretá-las a luz do teor e finalidade definidos na decisão-quadro. Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de junho de 2005. N. C-105/03.

legislação penal europeia, pois aqui o TJCE definiu os termos das relações entre direito derivado da União e o direito nacional no âmbito penal, assim como o alcance jurídico dos instrumentos legislativos adotados nesse âmbito. (RODRIGUES, 2011, p. 186). Essa falta de competência da Comunidade vem a ser modificada, então, com o Tratado de Lisboa, no ano de 2009.

Com o Tratado de Lisboa, “*fez-se transitar a matéria penal do terceiro pilar do Tratado da União Europeia (TUE) para o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), comunitarizando-a*”. (RODRIGUES, 2011, p. 186). Com isso, temos a possibilidade de elaboração de instrumentos legislativos penais sob a forma de regulamentos e diretivas²², assim, temos uma clara modificação quanto ao nível do processo de adoção dos atos legislativos na esfera penal. (RODRIGUES, 2011, p. 189).

O Tratado de Lisboa acaba com a pilarização europeia, suprimindo a estrutura da União Europeia edificada sobre três pilares e, conseqüentemente, o terceiro pilar da União (pilar intergovernamental) que tratava das matérias de cooperação policial e judiciária, passam a ser tratadas, com a reforma de Lisboa (2009), pelas instituições europeias, que se tornam competentes para legislar sobre esse domínio. Dessa maneira, observa-se a viabilidade de criação de um espaço penal europeu, possibilitando-se o estabelecimento de regras mínimas quanto a definição e à sanção das infrações penais mais graves podendo a comunidade intervir na definição de regras comuns ao processo penal, por exemplo, no tocante à admissibilidade de provas e direito das pessoas.^{23 24} Enfim, com o fim da estrutura da União iniciada em Maastricht, a cooperação judiciária em matéria penal e civil acabam convergindo para o mesmo sistema comunitário. (GARRIGA, 2009).

Assim, com o Tratado de Lisboa (2009) a influência de normas europeias sobre normas nacionais vai intensificar-se, inclusive na esfera penal, pois passa a existir a obrigação de interpretação das normas penais nacionais de acordo com o direito da

²²Mas em nenhum momento podemos dizer que passa a existir um direito penal supranacional, pois os direitos nacionais seguem preservados, existindo um direito penal mais harmonizado entre os Estados-Membros

²³O ESPAÇO europeu..., 2011.

²⁴Além disso, o Tratado de Lisboa acaba por reforçar o papel da Eurojust na União além de considerar viável a atuação de uma procuradoria europeia a partir da Eurojust, autorizando o Conselho a adotar um regulamento nesse sentido. (Ibid.)

União. Além disso, o Tratado Reformador trouxe modificação quanto ao processo de adoção dos atos legislativos em matéria penal. Isso porque passamos a ter uma regra de maioria qualificada no Conselho (acabando com a regra de unanimidade, que passa a ser usada em casos excepcionais como em relação ao alargamento dos domínios penais) e submissão à co-decisão do Parlamento europeu, ligadas ao direito de iniciativa da Comissão para apresentar proposta legislativa na área penal, o que potencializa a criação de um direito penal “mais” europeu. Também é relevante sublinhar que a Comissão não detém exclusividade em iniciativa penal, podendo um quarto dos Estados-Membros terem iniciativas legislativas. (RODRIGUES, 2011, p. 19).

CONCLUSÃO

O grande desafio à construção penal europeia foi e é o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim, temos, a partir do Tratado Reformador (Tratado de Lisboa 2009) progressos em termos de transferência de soberania em nome da segurança, mas, concomitantemente observa-se o perigo de violação dos direitos fundamentais, do ponto de vista da liberdade. (RODRIGUES, 2011, p. 04).

Assim, aliado ao avanço do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, no qual os cidadãos europeus têm o direito de viver em liberdade sem receio de perseguições ou violência em qualquer parte da União, foi observado o desenvolvimento dos direitos fundamentais no âmbito do bloco, tendo a Carta de Direitos Fundamentais da União adquirido força jurídica vinculante em 2009, com a vigência de Lisboa.

A consagração do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, em conjunto com a força dos direitos fundamentais no âmbito da União (art. 6º, ítem 2 do TUE)²⁵;

²⁵ Artigo 6.º

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua

acabam por gerar consequências, principalmente, no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria penal e cooperação policial dentro do bloco, em razão dessas cooperações deverem se realizar com observância aos direitos fundamentais.

Assim, o Tratado de Lisboa veio dar uma nova roupagem ao processo integracionista, principalmente no que se refere à matéria de direitos fundamentais, penal e processual penal, trazendo, ao longo de seus dispositivos, tratamentos relativos a cooperação judiciária em matéria penal²⁶, ao direito penal e processual emergente. A

interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.

2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. (VERSÃO consolidada do Tratado de Lisboa. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/treaty-of-lisbon.aspx?lang=pt>> Acesso em: 12 out. 2011).

²⁶ Art.82 da versão consolidada do Tratado de Funcionamento da União Europeia: *Artigo 82.º*

1. A cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se referem o n.º 2 e o artigo 83.º.

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam medidas destinadas a:

- a) Definir regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União de todas as formas de sentenças e decisões judiciais;
- b) Prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros;
- c) Apoiar a formação de magistrados e de funcionários e agentes de justiça;
- d) Facilitar a cooperação entre as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros, no âmbito da investigação e do exercício da acção penal, bem como da execução de decisões.

2. Na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros.

Essas regras mínimas incidem sobre:

- a) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros;
- b) Os direitos individuais em processo penal;
- c) Os direitos das vítimas da criminalidade;
- d) Outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão. Para adoptar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.

A adopção das regras mínimas referidas no presente número não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de protecção das pessoas.

3. Quando um membro do Conselho considere que um projecto de directiva a que se refere o n.º 2 prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal, pode solicitar que esse projecto seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo legislativo ordinário. Após debate, e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projecto ao Conselho, o qual porá fim à suspensão do processo legislativo ordinário.

proteção e a visibilidade dada aos direitos fundamentais no Tratado de Lisboa, acaba por ser uma força aliada a esse desenvolvimento necessário e urgente na segurança com o devido equilíbrio, pois faz com que haja uma liberdade, característica do bloco integrativo, uma segurança, buscada com a cooperação penal e com o surgimento da ideia de espaço jurídico penal europeu, e justiça, assegurada com o respeito aos direitos fundamentais.

Enfim, tudo que for realizado no âmbito da União Europeia, deverá, obrigatoriamente, respeitar aos direitos fundamentais, inclusive no tocante à cooperação judiciária e policial em matéria penal (o emergente espaço penal europeu) que deve ser efetivada dentro dos limites de respeito aos direitos fundamentais (até então havia apenas um controle mais efetivo pela vinculação dos países à Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1950).²⁷

No mesmo prazo, em caso de desacordo, e se pelo menos nove Estados-Membros pretenderem instituir uma cooperação reforçada com base no projecto de directiva em questão, esses Estados-Membros notificam o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão em conformidade. Nesse caso, considera-se que foi concedida a autorização para

proceder à cooperação reforçada referida no n.º 2 do artigo 20.º do Tratado da União Europeia e no n.º 1 do artigo 329.º do presente Tratado, e aplicam-se as disposições relativas à cooperação reforçada.

²⁷ A Comissão publicou recentemente o seu relatório sobre a aplicação do mandado de detenção europeu (COM(2011)0175), em que aponta uma série de deficiências persistentes na aplicação do mandado. Por exemplo, a questão de o mandado de detenção europeu ser emitido em caso de delitos de pequena importância, sem considerar devidamente se a entrega será proporcionada, não obstante os custos humanos e financeiros que implica (estimados em 25 000 euros por cada processo de entrega) e a questão das condições de detenção inaceitáveis que poderão conformar tratamentos degradantes ou desumanos, constituindo assim uma violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 3º) e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 4º), prejudicando gravemente a confiança num tratamento adequado dos presos em que assenta o mandado de detenção europeu

– Concorda a Comissão que a proporcionalidade deve ser um elemento fundamental a considerar relativamente a cada mandado de detenção europeu emitido, e que o Estado de execução pode recusar - se a executar um mandado quando demonstrar que não passou o teste de proporcionalidade, por exemplo no caso de delitos de importância menor como definidos no direito nacional? A Comissão tem a intenção de esclarecer e promover directrizes sobre o teste de proporcionalidade para estes mandados, em paralelo com o manual do Conselho?

– Como vai a Comissão assegurar que as pessoas procuradas ao abrigo de um mandado de detenção europeu disponham de um direito efectivo a contestar esse mandado tanto no Estado de emissão quanto no de execução, e que uma decisão de não executar um mandado de detenção europeu leve a um levantamento do alerta de Schengen?

– Concorda a Comissão que condições prisionais inaceitáveis tornam impossível a necessária confiança mútua nos padrões de justiça penal dos outros países, e concorda que se as condições prisionais na União Europeia não melhorarem os tribunais terão um fundamento de facto para recusar e bloquear a execução de um mandado de detenção europeu, a fim de proteger os direitos humanos fundamentais? Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=OQ&reference=O-2011-000129&language=PT>> Acesso em: 4 out. 2011.

REFERÊNCIAS

COOPERAÇÃO reforçada. Disponível em:
<<http://www.tratadodelisboa.org/senhoreuropa/o-que-e-tratado/cooperacoes-reforcadas.html>>. Acesso em: 4 de out. 2011.

CORDERO, Isidoro Blanco. **El Derecho Penal y El Primer Pilar de La Unión Europea**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, num. 06-05. Disponível em:
http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/42230/derecho_penal_primer_cordero.pdf?sequence=1, acesso em 05 jan. 2011.

CORREIA, Sérvulo. **A União Europeia e a “europeização” do direito constitucional dos Estados Membros**. Disponível em:
<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27361/uniao_europeia_europeizaca_o_direito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 set. 2011.

DEITOS, Marc Antoni. **Direitos Humanos na União Europeia e no MERCOSUL: entre um novo diálogo institucional e o “mais do mesmo”**. Material de aula, PPGD, UFRGS, 2011.

DUARTE, Maria Luísa. **O direito da União Europeia e o direito europeu dos direitos do homem: uma defesa do “triângulo judicial europeu”**. Disponível em:
<<http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/luisaDUARTE.pdf>>. Acesso: 7 set. 2011.

GARRIGA, Georgina. O espaço judiciário europeu: cooperação judiciária penal e civil. **Revista Tribunal Regional do Trabalho 3 Região**, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 163-200, jan./jun. 2009.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **A evolução da proteção dos direitos fundamentais no espaço comunitário**. In: CARTA de direitos fundamentais da EU. Coimbra Editora: Coimbra, 2001. p. 17-38.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Ensaio sobre o Tratado de Lisboa**. Portugal: Ed. Almedina, 2011.

MARTINS, Patrícia Frágoso. **O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas**. Disponível em:
<http://books.google.com.br/books?id=GmE7PW533m4C&pg=PA83&lpg=PA83&dq=agnosticismo+valorativo&source=bl&ots=09OkDn5Kf0&sig=ig0YUKLgjdjmWqEMs7vPBvv1zzU&hl=pt-BR&ei=6JV4TsS0K4WhtwfA4sCvDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&>

ved=0CCYQ6AEwAw#v=onepage&q=agnosticismo%20valorativo&f=false>. Acesso em: 20 set. 2011.

O ESPAÇO Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0022_pt.htm>. Acesso em: 28 de set. 2011.

PARLAMENTO EUROPEU. **Perguntas parlamentares**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=OQ&reference=O-2011-000129&language=PT>>. Acesso em: 4 out. 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A emergência de um “Direito Penal Europeu”:** questões urgentes de política criminal. Disponível em: http://www.ieei.pt/files/Questoes_politica_criminal_Anabela_Rodrigues.pdf, acesso em: 04 jan. 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **O Tratado de Lisboa e o Direito Penal Europeu**. In: PIÇARRA, Nuno. *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Ed. Almedina, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Caso Comissão/Conselho de 13 de setembro de 2005 processo C-176/03**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0176:EN:HTML>>. Acesso em: 12 out. 2011.

_____. **Caso Comissão/Conselho de 23 de outubro de 2007, processo C-440/05**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0440:EN:HTML>>. Acesso em: 12 out. 2011.

_____. **Caso Maria Pupino, processo n. C-105/03**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0105:EN:HTML>>. Acesso em: 12 out. 2011.

VERSÃO consolidada do Tratado de Lisboa. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/treaty-of-lisbon.aspx?lang=pt>> Acesso em: 12 out. 2011