



## 2.29 • A dimensão externa da segurança interna

### A PROCURADORIA EUROPEIA: DESAFIO AO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS (2.ª parte)<sup>1</sup>

Jorge Albino Alves Costa

A UNIÃO EUROPEIA VEM DESENVOLVENDO, desde há décadas, mas hoje com maior densidade, aprofundamento e coerência, soluções de cooperação judiciária que possam, eficientemente, responder aos desafios que a moderna criminalidade coloca aos Estados, às comunidades e aos cidadãos.

Os vários instrumentos operativos (Rede Judiciária Europeia ou a Eurojust) trouxeram uma acção mais dinâmica e articulada no combate ao crime transfronteiriço grave, mormente o de cariz económico-financeiro. Por outro lado, e tendo por matriz as conclusões do Conselho Europeu de Tampere (1999), a União Europeia enriqueceu-se com um instrumento legal no seio da cooperação judiciária, com relevante impacto no que toca à execução de decisões num Estado e provenientes de outro Estado, com a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo a tais decisões. Este foi fruto do elevado grau de confiança adquirido entre os Estados-membros da União Europeia e entre as instituições nacionais de cada EM (Tribunais, MP e Polícias) e respectivos sistemas jurídicos e amparados por uma intervenção jurisprudencial “uniformizadora” dos Tribunais de Estrasburgo e do Luxemburgo. Com a criação da Eurojust, em 2002, foi dado um novo e importante passo relativamente a soluções de coordenação de investigações transnacionais ou de maior eficiência na área da cooperação judiciária.

Todavia, persistia uma lacuna – nevrálgica – quanto a uma maior eficácia nas investigações que implicassem vários Estados, em virtude de nem sempre ser suficiente ou adequada uma mera coordenação das entidades nacionais envolvidas.

A complexidade de certas investigações, a natureza transnacional da criminalidade, a diferença de regimes processuais potencialmente aplicáveis, a lentidão e a por vezes incipiente cooperação judiciária em certos domínios, bem como a necessidade de promover uma acção sem falhas de coordenação, constituíam factores a invocar a urgente criação de estruturas supranacionais com potencialidade de investigação criminal em todo o território da União Europeia, numa única acção.

#### O Tratado de Lisboa e a previsão normativa sobre a criação da Procuradoria Europeia

Na concretização daquele objectivo várias soluções foram sendo propostas e analisadas, ao longo do tempo, no sentido de criar tais estruturas com essa valência de natureza penal, mormente no âmbito de investigações criminais relativamente a um tipo específico de criminalidade: as infracções lesivas dos interesses financeiros da União Europeia. A limitação a este tipo de infracção radicava no entendimento de que o mesmo era o único que verdadeiramente assentava num específico bem jurídico da UE enquanto tal.

Assim, desde o “Corpus Juris” – apresentado por um conjunto de académicos coordenado por Mireille Delmas Marti e que definia regras substantivas, adjectivas e organizativas – até à proposta apresentada pela Comissão Europeia à Conferência Intergovernamental de Nice sobre a “Protecção dos Interesses Financeiros e a Criação de um Procurador Europeu”, a União Europeia – e mesmo alguns sectores da sociedade civil preocupados com um eficaz combate à criminalidade grave de natureza transnacional – trabalhou com o propósito de estabelecer mecanismos e estruturas adequadas àquela finalidade.

Contudo, e sem embargo de ter permanecido como um importantíssimo marco histórico, o projecto do “Corpus Juris” não logrou seguimento e os Estados participantes na sobredita Conferência Intergovernamental rejeitaram a proposta da CE alegando que não existia base legal nos tratados para a criação de tal estrutura. Como já anteriormente referido, o caminho foi-se fazendo com outras estruturas e outros mecanismos, nomeadamente a Rede Judiciária Europeia e a Eurojust, que tinham por especial desiderato facilitar a cooperação judiciária e mesmo promover a coordenação no âmbito dessa cooperação, embora sem os poderes que permitissem realizar a investigação criminal e muito menos promover a “acção pública”, mantendo-se tais faculdades no reduto soberano dos Estados. Só com o Tratado de Lisboa (2010) se opera uma determinante e difícil alteração neste contexto. A par da “constitucionalização” no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) de outras linhas estruturantes como o princípio do reconhecimento mútuo, a harmonização das legislações, mormente na área processual penal, incluindo direitos de defesa e a validade da prova e o reforço da Eurojust, ficou estabelecida a base legal que veio permitir a criação de uma Procuradoria Europeia.

O artigo 86.º do TFUE constitui(u), portanto, a “*conditio sine qua non*” para se começar a gizar na UE um outro caminho na política de justiça criminal. Por esta via solidifica-se um importante patamar em termos jurídico-políticos, porquanto, e no fundo, este novo quadro legal significa de forma clara e visível uma “federalização” na área da justiça criminal.

#### O Regulamento que cria a Procuradoria Europeia

A Comissão Europeia, no seguimento da adopção da base legal habilitante, apresentou uma proposta de Regulamento, vindo o mesmo a ser aprovado em 2017. De uma forma muito breve não posso deixar de salientar, relativamente ao seu conteúdo, alguns aspectos cruciais, reproduzindo aqui as partes do articulado que ora importa na economia do presente texto. Assim, e nos termos do artigo 3.º, a Procuradoria Europeia é instituída como um órgão da União, com personalidade jurídica, cooperando com a Eurojust e contando com o seu apoio.

O artigo 4.º (Funções) determina que “cabe à Procuradoria Europeia investigar, instaurar a acção penal e deduzir acusação e sustentá-la na instrução e no julgamento contra os autores e seus cúmplices nas infracções penais lesivas dos interesses financeiros da União previstas na Directiva (UE) 2017/1371 e determinadas no presente regulamento. Para o efeito, a Procuradoria Europeia faz as investigações e pratica os actos próprios da acção penal, exercendo a acção pública perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-membros até que o processo seja arquivado”.

Esta é uma disposição central na compreensão da missão desta nova entidade. Com efeito, até agora não existia nenhum órgão da UE com a competência e o poder de “investigar, instaurar a acção penal e deduzir acusação e sustentá-la na instrução e no julgamento”. Por outras palavras, doravante, uma instituição da UE, pela forma consignada no Regulamento, irá exercer poderes e competências até agora reservadas a órgãos de natureza nacional, no âmbito de matéria que toca o cerne da soberania: a acção penal.

#### Do exercício da acção penal pela PE: legitimação constitucional

A primeira e premente questão que importa, pois, abordar – e resolver internamente –, é a da “atribuição” da realização da investigação criminal e da acção penal a uma estrutura supranacional e a agentes que, estando embora organicamente inseridos no MP português, surgirão como integrando entidades “não nacionais” e a elas subordinados, isto é, a Procuradoria Europeia. Sobre esta matéria antevêm-se sobretudo duas interpretações do ordenamento jurídico-constitucional português para acomodar a novel Procuradoria Europeia com as suas competências que lhe facultam poderes até agora atribuídos constitucionalmente e em exclusivo ao MP nacional:

- i) A interpretação segundo a qual não é necessária nenhuma alteração da Constituição, porquanto em sede da Lei Fundamental já consta(rá) suficiente previsão legal, designadamente tendo em conta a norma do artigo 7.º, n.º 6, que admite o “exercício em comum, em cooperação ou pelas instituições da União Europeia dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia (cfr. também artigos 7.º e 8.º, n.º 4, da CRP).
- ii) A interpretação que advoga a necessidade de alteração constitucional, porquanto a atribuição à PE de competências até agora cometidas a um órgão português vem afectar a organização do Estado, ao nível do poder judicial/MP, e essa organização constitucional faz parte dos “princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático” (cfr. artigo 7.º, n.º 6, 1.º segmento), pelo que, qual-

quer alteração na referida organização implicará – na medida em que toca em “atribuição constitucional” – uma alteração do texto constitucional.

Vimos que o órgão ao qual a CRP atribui a função estadual do exercício da acção penal é ao MP, órgão nacional composto exclusivamente, em toda a sua estrutura, por magistrados/pessoas portuguesas. Ainda que em certas situações, como nos casos em que, no contexto de uma investigação criminal, se torna necessário recorrer à cooperação judiciária, magistrados de outros Estados contribuam para essa investigação, fazem-no tão-só e apenas como colaboradores na investigação. Não detêm qualquer poder de determinação sobre o curso da mesma, isto é, não têm poder de decisão. Nos termos do Regulamento que cria a Procuradoria Europeia, há toda uma estrutura vertical<sup>2</sup> no seu seio que, em certos momentos, vai intervir e participar activa e decisoramente na investigação em curso num certo EM e desenvolvida localmente pelo respectivo procurador europeu delegado.

## “ Doravante, uma instituição da UE, pela forma consignada no Regulamento, irá exercer poderes e competências até agora reservadas a órgãos de natureza nacional.”

Neste respectivo, importa, sobretudo, considerar os poderes vinculativos das Câmaras Permanentes, tal como previsto no artigo 10.º, *maxime* n.ºs 3, 4 e 5, do Regulamento, em face da posição do procurador europeu delegado (português). Ora, aquelas câmaras serão, naturalmente, constituídas por membros que não sejam portugueses e que no contexto da investigação e acção penal detêm uma intervenção decisória, que não meramente instrumental. Por outro lado, e ainda que, como facultado pelo Regulamento, um procurador europeu delegado (PED), possa ter uma dupla função, isto é, possa agir quer em termos “europeus” quer em termos nacionais, acumulando na mesma pessoa funções nacionais e funções europeias<sup>3</sup>, quando está a agir no processo que é – de acordo com a repartição de competências definida pelo Regulamento – da competência da Procuradoria Europeia, aquele PED age como “europeu” e não como português.

Assim sendo, e estando, pela Lei Fundamental, cometida a acção penal ao MP português – visto quer como instituição exclusivamente constituída por membros nacionais quer vista na pessoa de cada magistrado (português) – a adaptação do Regulamento à realidade normativa portuguesa exigirá uma alteração constitucional no campo das atribuições da acção penal.

Nesse sentido vai o Parecer da Ordem dos Advogados sobre a Proposta do Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia, no qual, a dado passo, se relata: “A segunda reserva resulta de, em Portugal, o exercício da acção penal ser atribuído ao Ministério Público, não por uma lei ordinária, mas sim por uma norma da Constituição, mais precisamente

pela norma do n.º 1 do artigo 219.º da Constituição. Ora, não se afigura que o exercício da acção penal, na ordem jurídica nacional e perante os tribunais portugueses, possa ser cometida a outra entidade, ainda que criada através de um Regulamento da União Europeia, para mais quando aí se estabelece que os procuradores localizados nos Estados-membros agem sob a autoridade exclusiva do procurador europeu e seguem apenas as suas instruções, orientações e decisões na realização dos inquéritos e acções penais que lhes forem atribuídas e são totalmente independentes dos organismos do Ministério Público nacional e não têm quaisquer obrigações perante estes. . . Na verdade, sendo a Procuradoria Europeia uma entidade europeia dotada de personalidade jurídica própria e totalmente distinta e autónoma do Ministério Público nacional, não se afigura que a sua actuação na ordem jurídica nacional e perante os tribunais portugueses possa ser reconduzida ao Ministério Público que a Constituição da República Portuguesa prevê e regula, no respectivo art.º 219.º”.

Vimos que, em Portugal, apenas o MP (e algum particular nos casos e termos previstos na lei) pode exercer a acção penal perante os tribunais, pelo que há que conferir uma inerente legitimidade constitucional à PE, através da pertinente previsão na Constituição que, assim, reclama uma alteração, para, a par do MP nacional, poder exercer inequivocamente uma tal atribuição de “*jus puniendi*” soberano. Só assim não será, se se entender que essa medida estará já coberta pela norma do artigo 7.º, n.º 6<sup>4</sup> da CRP (à semelhança do previsto no n.º 7<sup>5</sup> para o TPI), o que me parece não se verificar.

Convirá mesmo sublinhar que este n.º 6 do artigo 7.º da CRP foi alterado – em momento prévio ao Tratado de Lisboa – para permitir formas de cooperação judiciária assentes no novel princípio do reconhecimento mútuo, estabelecido antes do Tratado de Lisboa. Sintomaticamente essa alteração é feita no artigo com a epígrafe “Relações Internacionais”. Hoje, com a natureza da PE, estaremos ainda num contexto de uma clássica “relação internacional”? Por outro lado, também para se reconhecer inequivocamente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, se alterou a Constituição, pelo inerente aditamento de um n.º 7 ao artigo 7.º (Relações Internacionais), da CRP. Poderia ainda ser aduzido um outro argumento em defesa da desnecessidade de alteração constitucional<sup>6</sup>.

Não deixa de ser impressionante este argumento, porquanto se poderá ver neste n.º 4 do artigo 8.º uma autêntica carta de “legitimação” para o direito originário e derivado da EU, isto é decorrente dos tratados ou das instituições. Pois bem, quer o artigo 86.º do TFUE quer o Regulamento inscrevem-se nesse âmbito. Logo, o artigo 8.º, n.º 4 da CRP seria norma habilitante para admitir as competências e atribuições da PE que, até agora, estão constitucionalmente reservadas a órgãos estritamente nacionais. Mas será assim?

Vejamos: o segmento final da norma do n.º 4 contém uma ressalva que impõe limites ao previsto no restante segmento da norma. Isto é, as “disposições europeias” são aplicáveis na ordem interna mas “com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

Naturalmente, em face de tal normatividade, a pergunta que se coloca é a de saber se não fará parte dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático a divisão/organização/atribuição interna no concernente ao exercício da acção penal. A resposta terá de ser positiva.

Logo, aquela norma não será, quanto a nós, norma habilitante suficiente para uma “atribuição” *ope legis* à PE dos poderes (internos) de acção penal, isto é, decorrente da mera aplicação do Regulamento. E, assim sendo, não poderá deixar de se considerar, quanto a nós, a necessidade de alterar a CRP.

Na verdade, tendo a CRP sido alterada para permitir formas de cooperação na União Europeia que não afectavam a estrutura constitucional interna de atribuição de poderes e competências, *maxime* ao MP no âmbito da investigação criminal e da acção penal, e tendo sido igualmente alterada para aceitar a jurisdição do TPI, por maior razão se impõe agora que, com a inclusão no sistema de justiça criminal de um órgão com as competências e poderes da Procuradoria Europeia, em “concorência” com os poderes que estavam atribuídos em exclusivo a um órgão constitucional português, que incorpora um poder soberano, se proceda de forma semelhante à pertinente alteração constitucional para “acomodar” a PE e seus correspondentes poderes e atribuições. ■

### Notas

<sup>1</sup> Este artigo corresponde, com ligeiríssimas alterações, ao texto preparado no âmbito de reunião realizada em Madrid pela ReDPE – Rede espanhola de Direito Penal Europeu, no dia 1 de Dezembro de 2017, e na qual participei a convite da sua coordenadora, professora Angeles Gutiérrez Zarza, tendo sido aquele texto objecto de divulgação no II Anuário ReDPE, que reúne os textos apresentados na referida reunião.

<sup>2</sup> Cfr. ponto IV.

<sup>3</sup> Esta dupla função e, correspondentemente, a “*double casquette*” não se nos afigura ser a solução mais eficiente e mais clara.

<sup>4</sup> A Lei Constitucional n.º 1/2001 (Quinta Revisão Constitucional), através do seu artigo 2.º, reformula o dispositivo, aditando expressões como “e de um espaço de liberdade, segurança e justiça”, “convencionar o exercício” e “ou em cooperação”, dando-lhe a seguinte redacção: “6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança de defesa comuns, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia”.

<sup>5</sup> Artigo 2.º “7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”.

<sup>6</sup> Na verdade, a Lei Constitucional n.º 1/2004 (Sexta Revisão Constitucional) aditou um novo n.º 4 ao artigo 8.º da CRP, que passou a ter o seguinte teor: “Artigo 8.º (Direito internacional) 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”