

IAP – *International Association of Prosecutors* (Associação Internacional de Promotores)

INTERPOL – *International Criminal Police Organization* (Organização Internacional de Polícia Criminal)

MLA – *Mutual Legal Assistance* (Assistência Jurídica Mútua)

MLAT – *Mutual Legal Assistance Treaty* (Tratado de Assistência Jurídica Mútua)

MRE – Ministério das Relações Exteriores

OEA – Organização dos Estados Americanos

OECD – *Organization for Economic Co-operation and Development* (Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento)

OIA – *Office of International Affairs* (Escritório de Assuntos Internacionais do Departamento de Justiça dos Estados Unidos).

PGR – Procuradoria Geral da República

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEI – Técnicas Especiais de Investigação

TPI – Tribunal Penal Internacional

UNCAC – *United Nations Convention against Corruption* (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção)

USAM – *United States Attorneys Manual* (Manual de Atuação dos Procuradores dos Estados Unidos)

USC – United States Code (Código dos Estados Unidos).

III - A COOPERAÇÃO NA UNIÃO EUROPÉIA: UM MODELO PARA O FUTURO DO MERCOSUL?

DOS MODELOS TRADICIONAIS DE COOPERAÇÃO JUDICIAL AO PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO: NOVOS DESDOBRAMENTOS DO VERDADEIRO PARADIGMA DA COOPERAÇÃO EUROPÉIA EM MATÉRIA PENAL

*Prof. Dr. Helmut Satzger e Frank Zimmermann**

1. Introdução¹

A União Européia enfrenta um problema básico que está provado ser de extrema importância quando se trata de combater o crime em nível internacional: os indivíduos e criminosos em potencial podem, de um lado, tomar vantagem da liberdade de movimento e da abolição das fronteiras internas dentro da UE. De outro lado a persecução penal sempre foi estritamente nacional. Isso

¹ Helmut Satzger é Professor de Direito Penal Alemão, Europeu e Internacional, Processo e Penal e Direito Penal Econômico na Universidade Ludwig-Maximilian em Munique (Alemanha); Frank Zimmermann é assistente de Pesquisa do Prof. Satzger.

² Esse texto é baseado em uma palestra do programa do II Summer School in European Criminal Law (organizado pelas Faculdades de Direito das Universidades de Palermo e Munique e pelo Instituto Internacional de Altos Estudos em Ciências Criminais) que teve lugar entre 24 de outubro e 4 de novembro de 2007 em Siracusa, na Sicília. Tradução do original em inglês: José Paulo Baltazar Junior.

significa que a persecução pelo estado A termina na fronteira interna com o Estado B. A persecução transnacional se baseia no tradicional e moroso método da cooperação judicial. Se uma vara criminal de um Estado-Membro A precisa de provas em forma de documentos ou objetos, situados em outro Estado-Membro, ou se um procedimento pressupõe a presença do acusado que vive em outro Estado-Membro – os modelos tradicionais de cooperação judicial não permitem contato direto entre autoridades judiciárias. A cooperação judicial se baseia, primordialmente, nos governos dos estados envolvidos. É o poder executivo quem decide se a cooperação judicial será realizada. Isso parece ser praticamente inaceitável em uma “Europa cada vez mais próxima”². O Tratado da UE estabelece o objetivo de criar uma área de liberdade, segurança e justiça. Todo o território da UE deve ser considerado como constitutivo de uma única área judiciária – comparável à situação legal dentro de cada Estado-Membro. Por esse motivo instituições europeias começaram a procurar um novo modo de atuação de modo a facilitar a cooperação em matéria penal e desde então estão engajadas em um processo um tanto dinâmico para superar os obstáculos da persecução transnacional.

Esse texto pretende esclarecer os princípios básicos sobre os quais está baseada a cooperação em matéria penal na União Europeia nos dias de hoje. Além disso, será descrito como esses princípios modificaram o sistema europeu tradicional de cooperação judicial. O famoso Mandado de Detenção Europeu (MDE)³ e suas implicações para o sistema clássico de extradição – que provavelmente constitui o ramo mais importante da cooperação judicial – servirá frequentemente como modelo para o desenvolvimento

² Esse objetivo é proclamado pelo art. 1º, § 2º, do Tratado da União Europeia (TUE).

³ Decisão-Quadro 2002/584/JHA de 13 de junho de 2002, OJ L 190, 18.07.2002, p. 1. Todos os textos citados que são oriundos do Jornal Oficial podem ser encontrados via <http://eur-lex.europa.eu/OIndex.do?hmlang=en>.

atual – e dificilmente alguém poderia pensar em um outro ato de direito penal europeu que tenha estado tanto no centro das atenções nos últimos anos como o MDE. As leis nacionais de implementação foram declaradas nulas por três Cortes Constitucionais – nomeadamente da Polónia⁴, Chipre⁵ e Alemanha⁶ – embora não por razões completamente idênticas. Então é óbvio que há, em muitos Estados-Membros, ressalvas constitucionais quanto à nova orientação para a persecução transnacional. Além disso, a Corte Europeia de Justiça foi solicitada a dar uma decisão preliminar sobre a legalidade da decisão-quadro – a base legal do Mandado de Detenção Europeu – à luz do Direito da UE.⁷

Como o direito da extradição e da cooperação judicial em matéria penal é um assunto bastante intrincado, nós gostaríamos de explicar, primeiro, como a a extradição – como um exemplo de cooperação judicial – funciona tradicionalmente. Com essas origens legais em mente, a dimensão das recentes mudanças será avaliada em um segundo passo.

⁴ Julgamento de 27 de abril de 2005, versão em inglês disponível em www.tribunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_asses/P_1_05.htm (Acesso em: 1 fevereiro 2008)

⁵ Ver Conselho da UE, Documento nº 14281/05, 11 de Novembro de 2005, sobre decisões dos Tribunais Supremos e Tribunais Constitucionais relativos ao Mandado de Detenção Europeu. Todos os documentos do Conselho citados estão disponíveis em <http://register.consilium.europa.eu/serve/ldriver?page=Advanced&yp=&lang=EN&lc=REGAISEN&ms=25&md=100&msid=639> (Acesso em 1. Fevereiro 2008).

⁶ Julgamento de 18.7.05, BVerfGE 113, 273 e ss.; sobre isso Salzger/Pohl, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), 686-701.

⁷ Veja o caso TJE julgamento de 3.5.07, caso C-303/05 “Advocaaten voor de Wereld”. Julgamentos recentes do TJE estão disponíveis em <http://curia.europa.eu/juris/pcqj-bin/form.pl?lang=en> (Último acesso em 1.2.08).

2. A origem da cooperação judicial: o sistema tradicional de extradição na Europa

Por que nós precisamos de cooperação judicial? Cada Estado tem o direito de estabelecer a aplicação de seu próprio direito penal de acordo com vários princípios aceitos pelo direito internacional público, e.g. o conhecido princípio da territorialidade e os princípios da personalidade ativa e passiva.⁸ Em consequência, uma pessoa pode ser responsável criminalmente em um um Estado onde ela não está vivendo e, por esse motivo, não ser acusada já que as autoridades investigatórias somente podem agir – por uma questão de soberania – dentro do território do seu próprio Estado e, na maior parte dos Estados o acusado deve estar pessoalmente presente perante o juízo criminal. Então pode se tornar necessário trazer a pessoa acusada (de volta) para o Estado onde ela será processada. Extradição – como forma de cooperação judicial que afeta mais intensamente os direitos de um indivíduo – pode, então, ser definida como o processo legal pelo qual um Estado, o chamado Estado requerido, entrega a um outro Estado, chamado Estado requerente, uma pessoa acusada ou condenada por infrações penais contra o direito do Estado requerente. Outras formas de cooperação judicial de grande importância consistem na transferência de provas de um Estado para outro e na disponibilização de certos tipos de informação para as autoridades investigatórias de outros Estados. Em termos gerais, a cooperação judicial é sempre necessária quando não se pode lidar com um crime em um só Estado, seja no estágio da investigação, instrução criminal ou julgamento.

a) Bases legais para a cooperação judicial (em particular: extradição)

O sistema legal europeu de cooperação judicial é geralmente caracterizado pela coexistência um tanto complicada de fontes legais. Isso pode ser facilmente exemplificado com uma passada de olhos nas disposições relativas à extradição: Até a adoção da decisão-quadro sobre o mandado de detenção europeu, o sistema legal europeu de extradição era regulado especialmente pela Convenção do Conselho da Europa sobre Extradição de 1957.⁹ Essa convenção de 1957 também é chamada de “Convenção-Mãe”, em razão das subsequentes convenções multilaterais sobre extradição na Europa, sendo a mais importante a Convenção de Implementação de Schengen¹⁰ de 1995, mas também a Convenção da UE sobre Extradição Simplificada¹¹ e a Convenção da UE sobre Extradição¹², que nunca foi ratificada, e não substituem, mas apenas complementam a convenção de 1957. Esse mosaico de convenções multilaterais foi, ainda, complementado, e, assim, complicado, por centenas de acordos bilaterais entre os vários Estados europeus. Ao contrário dos acordos anteriores, a decisão-quadro não se limitou a emendar a Convenção de 1957, mas, ao menos no principal,¹³ substituiu toda a construção de acordos multilaterais, seguramente apenas dentro da UE.

⁸ European Treaty Series n. 24.; disponível também em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm> (Último acesso 1.2.08).

⁹ Convenção de Implementação do Acordo Schengen de 14.6.85 entre os Governos dos Estados da União Económica do Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa sobre a abolição gradual dos controles em suas fronteiras comuns, OJ L 239, 22/09/2000, p 19 – 62.

¹⁰ Convenção redigida com base no Art. K.3 do Tratado da União Européia, sobre o procedimento simplificado de extradição entre os Estados Membros da União Européia, OJ C 78, 30/03/1995, p. 2 – 10.

¹¹ Convenção redigida com base no Art. K.3 do Tratado da União Européia, sobre o procedimento simplificado de extradição entre os Estados Membros da União Européia, OJ C 313, 23/10/1996, p. 12 – 23.

¹² De acordo com o art. 31, § 4º MDE os Estados-Membros podem firmar acordos ou **arranjos (arrangements)** bilaterais ou multilaterais depois da entrada em vigor desta Decisão-Quadro, desde que esses acordos ou arranjos permitam a extensão ou alargamento das provisões da Decisão-Quadro e ajudem a simplificar ou facilitar os procedimentos futuros para entrega de pessoas que sejam sujeitas a um Mandado de Detenção Europeu.

⁸ Para uma visão dos princípios mais importantes ver: *Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2ª ed. (Baden-Baden: Nomos 2008), § 4 número de margem 2 e ss.

b) Questões procedimentais

Não seria possível expor no espaço limitado desta contribiuição nem mesmo as mais importantes questões procedimentais de todos os diferentes ramos de cooperação judicial. Por essa razão nos ativemos, mais uma vez, na extradição.

aa) Panorama

Como se apresenta o procedimento da extradição no sistema europeu tradicional?

Basicamente era um sistema de dois estágios, como ainda é, ainda hoje, na maior parte dos países do mundo. Em um *primeiro estágio*, o tribunal nacional competente do país requerido decide se a extradição é admissível à luz dos *requisitos legais* estabelecidos pelas leis nacionais. Caso o tribunal decida que a extradição é admissível, a autoridade competente – o ministro das relações exteriores ou da justiça na maior parte dos países – toma a decisão final sobre a extradição. Esse *segundo estágio* procedimental é o chamado *procedimento executivo de concessão*, porque – como já mencionado anteriormente – é o poder executivo que detém o poder de decisão. Se a extradição é solicitada com base em um tratado de extradição, como aquele de 1957, o ministro tem que verificar se os pré-requisitos do tratado estão presentes. De outro lado, se não há uma obrigação baseada em tratado, o ministro dispõe de uma ampla discricionariedade política sobre a conveniência ou não de concessão da extradição.¹⁴

¹⁴ Na Alemanha, o procedimento executivo de concessão é regulado no § 12 da Lei de Cooperação Judicial em matéria penal (IRG) (IRG). De acordo com essa provisão, somente decisões arbitrárias devem ser excluídas, ver Lagodny, em Schomburg/Lagodny/Hackner/Gleß, International Cooperation in Criminal Matters, 4th ed. (München: C.H.Beck 2006), IRG, § 12, número de margem 11 e ss.

Sem entrar muito em detalhes, as leis nacionais de extradição, bem como os tratados multilaterais são caracterizados por um conjunto de requisitos e exceções tradicionais. Até a adoção do Mandado Europeu de Detenção eles caracterizavam o direito europeu de extradição tradicional e ainda são relevantes hoje em relação aos Estados que não são membros da UE. Essas restrições podem ter sido gradualmente reduzidas no curso do desenvolvimento de acordos multilaterais de extradição europeus. No entanto, logo veremos que as instituições da UE escolheram um meio diferente para superar os obstáculos relacionados ao sistema tradicional de extradição.

bb) Requisitos Legais para Extradição no Sistema Tradicional

O requisito principal para extradição no sistema “clássico de extradição” é o chamado requisito da dupla incriminação. O ato imputado deve constituir um crime no direito de ambos os Estados, requerido e requerente. O art. 2º do Acordo Europeu de Extradição pode servir como exemplo desse princípio:

“Delitos passíveis de extradição:

A extradição será concedida em relação a delitos puníveis **sob a lei do Estado requerente e do Estado requerido** com privação da liberdade por um período máximo de no mínimo um ou com uma pena mais grave.”

É importante notar que não é necessário que o crime que é considerado uma infração penal em um Estado seja classificado como o crime *correspondente* no código penal do outro Estado.¹⁵ É

¹⁵ Para a situação legal na Alemanha ver Lagodny, in Schomburg/Lagodny/Hackner/Gleß, International Cooperation in Criminal Matters, 4th ed. (München: C.H.Beck 2006), IRG, § 3 número de margem 7.

suficiente que o comportamento seja *punitivo* – de algum modo – em ambos os países.” O que pode ser surpreendente é que, ao menos na tradição continental, o Estado requerido não é – ao menos em princípio – autorizado a examinar se há causa provável para os atos alegadamente puníveis sob o direito do Estado requerente. Ao contrário, de acordo com o chamado princípio do exame formal, o estado requerido normalmente se apóia nas informações dadas pelo Estado requerente.¹⁶

Mesmo que o requisito da dupla incriminação seja atendido há um grande número de defesas tradicionais, exceções e exclusões no direito europeu multilateral de extradição que pode resultar em uma negativa da extradição. Em regra, as leis nacionais de extradição negam o direito à extradição em certos casos que também são levados em conta pelos acordos de extradição que concedem aos Estados signatários o direito de denegar a extradição em tais circunstâncias sem quebrar as obrigações dos tratados. As exceções mais importantes são as seguintes::

(1) Em primeiro lugar, a extradição não pode ser concedida para certas categorias de delitos:

- a chamada **exceção dos delitos políticos** proíbe a extradição em relação a delitos de opinião ou de expressão política, ao menos na medida em que eles não impliquem uso de violência.¹⁷

- A extradição também pode ser recusada se o ato subjacente constitui meramente um **crime de natureza fiscal ou mili-**

tar porque os Estados tendem a não ter muito interesse em aplicar leis que são peculiares ao sistema político-econômico de cada um.¹⁸

(2) Em segundo lugar, a extradição não deve ser concedida se houve um julgamento definitivo pelos tribunais competentes do país requerido (1) em relação ao extraditando e (2) pelo delito ou delitos em relação aos quais a extradição foi requerida. Essa exceção deriva do **princípio ne bis in idem**.¹⁹

(3) Em terceiro lugar, há várias exceções que podem ser consideradas como especificações da *ordre public* nacional:

- A extradição pode ser recusada, particularmente, se o delito em questão é **punitivo com morte** de acordo com as leis do Estado requerente, a não ser que que em respeito a tal delito a pena de morte não esteja prevista em lei ou não seja, normalmente, executada.²⁰ Em tais casos, o Estado requerido somente concederá extradição se o Estado requerente assegurar, de modo suficiente, que a pena de morte não será executada.

- Outra especificação da ordem pública deve ser aplicada se o Estado requerido tem razões suficientes para acreditar que a extradição por um delito ordinário foi feita, na verdade, com o propósito de perseguir alguém em razão de sua **raça, religião, nacionalidade, opinião política, ou que aquela pessoa possa ser prejudicada por alguma dessas causas**.²¹

¹⁶ Lagodny, em Schomburg/Lagodny/Hackner/Giel, *International Cooperation in Criminal Matters*, 4th ed. (München: C.H.Beck 2006), RfG, § 3 número de margem 4.

¹⁷ Ver art. 3 seção 1 da Convenção Europeia de Extradição 1957.

¹⁸ Ver art. 4 and 5 da Convenção Europeia de Extradição de 1957.

¹⁹ Ver art. 9 da Convenção Europeia de Extradição de 1957.

²⁰ Ver art. 11 da Convenção Europeia de Extradição de 1957.

²¹ Ver art. 3 seção 2 da Convenção Europeia de Extradição de 1957.

- A maior parte das leis nacionais de extradição prevê uma reserva geral de **ordre public** que impede uma extradição em conflito com os princípios básicos do sistema legal nacional.²²

(4) Finalmente, aquela que constitui, provavelmente, a mais importante exceção, **nacionais** não são passíveis de extradição na maioria dos países europeus.²³

Para assegurar que as provisões acima arroladas não sejam violadas depois da concretização da extradição, a chamada **regra da especialidade** proclama que o extraditado não poderá ser acusado por um delito cometido antes de sua entrega, além daquele pelo qual foi extraditado.²⁴

Embora o requisito da dupla incriminação e as exceções à extradição tenham sido gradualmente reduzidos em cada uma das convenções que modificaram os requisitos da Convenção de 1957, os parâmetros básicos permaneceram mais ou menos os mesmos. Eles ainda formavam a base legal quando a decisão-quadro sobre o mandado de detenção europeu foi adotado, ao qual agora daremos atenção.

3. A Decisão-Quadro do Mandado de Detenção Europeu como Paradigma do Reconhecimento Mútuo

No Encontro do Conselho Europeu em Tampere, em 1999 os Chefes de Governo e de Estado dos Estados-Membros da UE decidiram constituir uma área de Liberdade, Segurança e Justi-

ça.²⁵ Como parte das conclusões de Tampere foi acordado que "o procedimento formal de extradição deveria ser abolido entre os Estados-Membros (...), e substituído por uma simples transferência de tais pessoas".²⁶ Sob a impressão imediata do 11 de setembro, a ideia do mandado de detenção europeu foi rapidamente introduzida, particularmente de modo a atender a necessidade imediata de um modo fácil de entrega de suspeitos de terrorismo. Seguindo uma proposta da Comissão de 2001²⁷, a decisão quadro sobre o MDE foi adotada pelo Conselho em 2002.

Antes de focar-nos no conteúdo desse instrumento jurídico, pode ser útil uma rápida passada de olhos nas características das decisões-quadro em geral: como prevê o art. 34 do TUE, uma decisão-quadro é "vinculante para os Estados-Membros quanto ao resultado a ser alcançado, mas deixa para as autoridades nacionais a escolha da forma e dos métodos para fazê-lo". Isso deixa claro o objetivo por trás da adoção de decisões-quadro – a *harmonização* do direito nacional dos Estados-Membros. A construção desse instrumento legal é fortemente inspirada na Diretiva do direito da Comunidade Europeia. Entretanto – e apesar da recente decisão da CJUE Pupino²⁸ – há uma diferença importante: ao contrário do art. 29 do TCE, qualquer efeito direito é expressamente excluído pelo art. 34 do TUE. Mais que isso, as instituições europeias não têm (ainda)²⁹ a possibilidade de controlar o quanto os Estados-

²⁵ Ver Conclusão Presidencial n. 33, disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/Doc/cons.Datadocs/pressData/en/ec/00200-11.en9.htm> (último acesso em 12.08)

²⁶ Conclusão n. 35.

²⁷ Proposta de Decisão-Quadro do Conselho para o Mandado de Detenção Europeu e as medidas de entrega entre os Estados Membros de 19.9.01, OJ 2001 C 332 E/305.

²⁸ Caso C-105/03 (Mária Pupino), ECR 2005, I-5285.

²⁹ Será possível iniciar um procedimento por desobediência – conhecido do art. 226 do TEC – cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, ver art. 10, § 1, das disposições transitórias

²² Por exemplo § 73 IRG na Alemanha.

²³ Ver por exemplo art. 16 da Constituição alemã.

²⁴ Ver por exemplo art. 14 da Convenção Europeia de Extradicação de 1957.

Membros implementar uma decisão-quadro no seu sistema legal nacional. Mas de acordo com o art. 35 do TUE, os tribunais nacionais podem requerer à CJJE decisões preliminares sobre a interpretação de decisões-quadro.³⁰

a) Reconhecimento Mútuo de Decisões Judiciais como característica principal do MDE

O mandado de detenção europeu apresenta-se com as seguintes características:

- Seu funcionamento é baseado no *reconhecimento mútuo* de decisões judiciais. Nas palavras da Comissão: "A idéia básica é a seguinte: quando uma autoridade judicial de um Estado-Membro requer a entrega de uma pessoa, seja porque ela foi condenada por um delito ou porque está sendo processada, essa decisão **deve ser reconhecida e executada automaticamente em toda a União**. A recusa à execução de um Mandado de Detenção Europeu deve ser restrita a um número limitado de hipóteses."³¹ Essas palavras dão um sinal claro sobre o fundamento teórico do MDE: o princípio do reconhecimento mútuo.

- O Mandado de Detenção Europeu é pensado, então, como um substituto ao sistema tradicional de extradição baseado na Convenção de 1957.

(Disponível em <http://www.consilium.europa.eu/cms3/fo/showPage.asp?rid=1317&lang=de&mode=gr>. Último acesso em 1.2.08).

³⁰ Desde que o respectivo Estado-Membro tenha aceito essa opção jurisdicional, ver Satzger, 'Commentary on Article 34 EU', em Strenz, EUV/EVG (München: C.H. Beck, 2003), número de margem 9.

³¹ Proposta de Decisão-Quadro do Conselho para o Mandado de Detenção Europeu e as medidas de entrega entre os Estados Membros de 19.9.01, OJ 2001 C 332 E/305.

- Seu procedimento substitui – ao menos em parte – o sistema tradicional de extradição. O procedimento de execução do Mandado de Detenção Europeu é essencialmente judicial. A decisão política inerente ao procedimento executivo de concessão é abolido, uma novidade que deve aumentar consideravelmente a efetividade e a rapidez do mecanismo.

- As razões de recusa para execução de um mandado de detenção são limitadas. No art. 3º são arroladas razões para não execução obrigatória, como, por exemplo, se a pessoa requerida não puder ser considerada criminalmente responsável no Estado requerido em razão de sua idade. O art. 4º prevê outros casos nos quais os Estados-Membros são autorizados a recusar a execução. Esses casos cobrem, por exemplo, situações nas quais o ato em questão foi cometido no território do estado requerido ou se a pessoa atingida pelo MDE está sendo processada no estado requerido pelo mesmo fato.

- Como veremos em detalhe mais tarde, o princípio da dupla incriminação é extremamente reduzido, ou até mesmo colocado à margem. O mesmo vale para o princípio da especialidade.

- O conteúdo e a forma de um MDE é padronizado de acordo com o art. 8º da Decisão-Quadro. Todo juiz que emita uma ordem dessas deverá utilizar um documento idêntico.

- Uma das mudanças mais importantes em comparação com o antigo sistema de extradição é que a exceção da extradição de nacionais não deverá mais ser aplicada – em regra. Esse ponto mostra claramente que o Mandado de Detenção Europeu está baseado em uma visão da cidadania europeia e rompe, por isso, com vários princípios originados na idéia tradicional de soberania nacional.

Algumas dessas inovações foram largamente aplaudidas. Por exemplo, há, efetivamente, pouca razão para criticar a abolição do procedimento executivo de concessão, tendo em vista que todos os Estados-Membros da UE seguem a mesma política quanto a um modo efetivo de persecução do crime transnacional. O mesmo vale para uma maior padronização operacional de documentos de extradição, ou a idéia de simplificar a extradição dentro da UE pela redução, ao menos no principal, do complicado sistema de acordos bilaterais, em uma única fonte legal.

O que é mais interessante é a mudança de um sistema de extradição que é marcado pela soberania nacional — e as consqüentes verificações, defesas e exceções — para o sistema do MDE que se considera tenha por base o reconhecimento mútuo. Esse tema também toca o **aspecto paradigmático** da discussão sobre o Mandado de Detenção Europeu, uma vez que o Conselho e a Comissão consideram o princípio do reconhecimento conhecimento não apenas como um fundamento metodológico para o MDE, mas como a “pedra fundamental”³² para o amplo espectro do futuro desenvolvimento da cooperação europeia em matéria penal. Em consequência, também o Tratado de Lisboa (Tratado da Reforma) reconhece esse princípio como a base da cooperação europeia em matéria penal e até o torna parte do Direito Primário Europeu.³³ Por conseguinte, o exame do funcionamento do princípio do reconhecimento mútuo no âmbito do MDE nos permite avaliar se a

³² Ver Considerando 6 MDE e Conclusão Presidencial n. 33 (Conselho Europeu de Tampere, Disponível em http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en9.htm (Último acesso em 1.2.08).

³³ Art. 69a, § 1º Tratado de Lisboa = art. 82, § 1º Tratado de Funcionamento da União Europeia. Para o Tratado de Lisboa de Lisboa ver <http://www.consilium.europa.eu/cms3/fo/showPage.asp?tid=1317&lang=de&mode=9> (Último acesso em 1.2.08).

cooperação europeia em matéria penal baseada nesse princípio está no caminho certo.

Para tal fim, três questões são de central interesse: 1. Qual é a idéia geral por trás do princípio do reconhecimento mútuo? 2. Em que extensão esse princípio é efetivado na Decisão-Quadro do MDE? Em que extensão o princípio requer a abolição dos impedimentos tradicionais à extradição, como o requisito da dupla incriminação e o catálogo tradicional de defesas de extradição acima referido?

b) O Princípio do Reconhecimento Mútuo: origens e arcabouço teórico

Para entender o que está por trás do princípio do reconhecimento mútuo, é necessário seguir a trilha até suas origens nas reflexões das instituições europeias.

O tema do reconhecimento mútuo em matéria criminal foi levantado pela primeira vez por iniciativa de Jack Straw, no Conselho Europeu em Cardiff, em junho de 1998.³⁴ Como já referido anteriormente, a idéia foi discutida novamente no Conselho Europeu em Tampere em outubro de 1999, onde o princípio do reconhecimento mútuo foi declarado a futura pedra angular da cooperação judicial dentro da União. Em Tampere também foi explicitamente estabelecido que o princípio seria aplicado tanto a julgamentos quanto a outras decisões de autoridades judiciais.³⁵ A requerimen-

³⁴ Ver Conclusão Presidencial nº 39 (European Council of Tampere), Disponível em http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en9.htm (Último acesso em 1.2.08).

³⁵ Conclusão Presidencial nº 33 (European Council of Tampere), Disponível em http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en9.htm (Último acesso em 1.2.08).

to do Conselho Europeu, o Conselho e a Comissão adotaram, em dezembro de 2000, um programa de medidas³⁶ para implementar o princípio do reconhecimento mútuo na área da cooperação em matéria penal.

aa) A idéia por trás do princípio de acordo com as instituições europeias

As assertivas seguintes foram extraídas desse programa³⁷ e oferecem uma vista bastante instrutiva sobre como o Conselho e a Comissão vêem o princípio do reconhecimento mútuo. De acordo com esse documento, o princípio pode ser assim caracterizado:

- "O reconhecimento mútuo foi concebido para reforçar a cooperação entre os Estados-Membros mas também para aumentar a proteção dos direitos individuais."

- Sua implementação "pressupõe que os Estados-Membros tenham confiança nos sistemas de justiça criminal dos demais. Essa confiança é baseada, particularmente, no seu compromisso comum com os princípios da liberdade, democracia e respeito pelos direitos humanos, liberdades fundamentais e do Estado de Direito"

- O princípio do reconhecimento mútuo não é absolutamente vinculado com o direito da UE, nem se trata de uma invenção totalmente nova. A essa conclusão se chega ao ler que: "Algumas formas de reconhecimento mútuo já são incorporadas nos instrumentos de cooperação judicial adotados antes do Tratado de

Maastricht, em várias formas como a Convenção Europeia sobre a validade de Julgamentos Criminais de 28 de maio de 1970."

- "Reconhecimento de uma decisão também significa que o Estado reconhecedor deve tomar aquela decisão em consideração", um efeito que pode ser muito favorável ao acusado: por exemplo, uma pessoa não pode ser acusada uma segunda vez pelo mesmo ato e uma decisão final de um Estado-Membro não precisa ser recorrida em outro. Esse princípio de *ne bis in idem* internacionalizado está insculpido no art. 54 do Acordo de Implementação de Schengen.

- O princípio do reconhecimento mútuo é aplicável em todos os estágios da persecução penal, incluindo as fases anteriores e posteriores ao julgamento.

Se pode concluir que não há uma forma idêntica de reconhecimento mútuo para todos os tipos de decisões judiciais e em todos os estágios de procedimento criminal, mas várias formas desse princípio. Quais são os fatores que influenciam de forma essencial a extensão e a efetividade do reconhecimento mútuo em uma área particular do direito? No seu programa de trabalho, a Comissão específica vários parâmetros, dos quais os mais importantes são os seguintes:

- se o requisito da dupla incriminação como condição para o reconhecimento é mantido ou dispensado,
- a existência de mecanismos de salvaguarda dos direitos de terceiros, vítimas e suspeitos,

³⁶ Programa de medidas para implementação do princípio do reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal, OJ 2001 C 12, p. 10 e ss.

³⁷ P. 10 - 12.

- a definição dos padrões mínimos comuns necessários para facilitar a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo, por exemplo quanto a competência dos tribunais,

- a existência e a forma de qualquer procedimento para a validação da decisão judicial em outro Estado-Membro,

- a determinação e a extensão dos motivos para recusa do reconhecimento, onde esses motivos são a soberania ou outros interesses essenciais do Estado requerido ou relacionados à legalidade.

b) Uma primeira avaliação do princípio

O estudo detalhado dessas notas ajuda muito a desmistificar o princípio do reconhecimento mútuo, bem como a trazer a discussão a respeito de volta aos fatos. Uma discussão que – ao menos na Alemanha – tem sido em algumas partes bastante acirrada.³⁸ Ao mesmo tempo, as conclusões do programa de trabalho devem levantar dúvidas sobre a possibilidade de qualquer generalização deduzida do princípio que vá além das meras banalidades. Se a extensão do princípio do reconhecimento mútuo deve ser definida para cada tipo de decisão judicial, o princípio pode, em geral, ser considerado como positivo ou negativo. No entanto, vamos dar uma olhada mais de perto sobre o que pode ser concluído a partir do programa de trabalho.

(1) O princípio do reconhecimento mútuo não é uma novidade, nem uma invenção das instituições européias.³⁹ Mais que isso, não se pode dizer que ele é, por si só, repressivo, nem que tenha

um efeito liberalizante, mas é, como um mero método legal, substancialmente neutro.

(2) Como não há extensão geral do reconhecimento mútuo, o âmbito do princípio tem que ser definido em relação a cada ato que deva ser reconhecido. Isso implica uma consequência prática importante para a interpretação de todos os atos inspirados pela idéia do reconhecimento mútuo: as regulações que limitam o reconhecimento não podem ser qualificadas, *a priori*, como regras de exceção. Dessa forma, a regra básica de interpretação, reconhecida no Direito Europeu, de que provisões com caráter excepcional devem ser interpretadas restritivamente, não se aplica. Ao contrário, tais provisões são um elemento necessário para definir o âmbito do princípio no caso individual.

(3) Após dizer isso, agora deve ser possível ter uma vista mais geral na justificativa dess princípio. O reconhecimento mútuo de decisões judiciais em *matéria penal* é frequentemente e deve ser comparado com a bem-sucedida aplicação da abordagem do reconhecimento mútuo pela comissão na área do *livre trânsito de bens*.⁴⁰

Assim como o Estado-Membro A tem que aceitar os padrões do Estado-Membro B para produção e proteção do consumidor e, assim, tem que se abster de verificações adicionais quando produtos deste são importados para aquele, o Estado-Membro A tem que aceitar e executar as decisões judiciais tomadas pelas autoridades do Estado-Membro B.

O pano de fundo do uso do princípio do reconhecimento mútuo é mais ou menos o mesmo – nas áreas da livre movimentação

³⁸ Ver, por exemplo, Schunemann, Zeitschrift für Rechtspolitik 2003, 185 e ss.; Gieß, Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften 115 (2003), 146 e ss.; Satzger, StraVerordiger 2003, 141; Kaila-Ghandi, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (www.zis-online.com) 2006, 527 e ss.

³⁹ Gieß, Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften 116 (2004), 353, 357.

⁴⁰ A partir dos julgamentos do TJE 8/74 (Dassonville) and 120/78 (Cassis de Dijon).

ção de bens e na área da cooperação judicial em matéria penal. O meio “ideal” de alcançar o fim visado seria uma harmonização dos direitos nacionais de tal modo que as diferenças remanescentes fossem desprezíveis. Na área da livre movimentação de bens tornou-se evidente que tal esforço de harmonização seria extremamente demorado, pressupondo muito burocracia e novos instrumentos jurídicos e, afinal, totalmente inalcançável. Por isso uma “nova abordagem” pareceu ser a solução. Harmonização foi, tanto quanto possível, evitada e o mútuo reconhecimento sem harmonização prévia passou a ser o conceito chave. Assim, um processo dinâmico foi iniciado. Cada Estado teve que baixar seus padrões de modo a poder competir com produtores de outros Estados com padrões mais baixos. Ao final essa abordagem foi um verdadeiro sucesso: padrões altos para produtos que foram considerados de natureza protecionista ou superiores ao necessário foram abolidos em favor de um trânsito de bens realmente livre.

Comparado com o contexto do direito criminal europeu, um efeito dinâmico de tal ordem levaria a uma redução dos direitos de defesa e uma diminuição da proteção legal dos acusados em geral – um efeito que não pode ser considerado como positivo – mas como um passo atrás em relação ao princípio do Estado de Direito.⁴¹ Sugere-se que a confiança mútua como base necessária para o reconhecimento mútuo – no contexto da cooperação em matéria penal – pressupõe como um *primeiro* passo uma harmonização de alto alcance no direito penal material e, talvez de modo mais importante, no direito processual penal dentro da UE.

⁴¹ Schünemann, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2003, 185 e ss.

c) Reconhecimento Mútuo por meio da Decisão-Quadro sobre MDE

Após essa descrição um tanto abstrata sobre o princípio de reconhecimento mútuo, chegou a hora de enfrentar suas implicações concretas no sistema de cooperação judicial – exemplificado, uma vez mais, pelo MDE no campo da extradição. Como resultado nós também veremos até que ponto essa primeira crítica tem consistência.

Para tanto centraremos nossa atenção nos aspectos da extradição que são presumivelmente influenciados de forma mais aguda pela aplicação do princípio de reconhecimento mútuo. Em primeiro lugar a questão da possibilidade da extradição de nacionais. Secundariamente, a possibilidade de invocar direitos fundamentais – garantidos pelo direito constitucional do Estado requerido – contra uma extradição e, finalmente, a abolição do requisito de dupla incriminação.

aa) Reconhecimento Mútuo e a Extradição de Nacionais

Induvidosamente a proibição, de larga aceitação, da extradição de nacionais, como é conhecida no sistema tradicional de cooperação, constituiria um duro obstáculo à efetividade da persecução penal em um espaço judicial comum. Por essa razão, a Decisão-Quadro do Mandado de Detenção Europeu prevê a abolição dessa tradicional exceção. Em vários Estados-Membros o fato de que a extradição de nacionais não seria mais vedada em caso de MDE levantou dúvidas sobre a conformidade do MDE com o direito constitucional nacional.⁴² Nesse contexto, uma aspecto interessante foi adiantado na discussão alemã. Foi alegado que a proibição da extradição de nacionais é requerida pelo princípio democrático.

⁴² Também foram levantadas dúvidas sobre a legalidade da Decisão-Quadro sob o direito da UE. Ver TJE julgamento de 3.5.07, Caso C-303/05, “Advocaten voor de Wereld”

De acordo com esse princípio todos tem direito a um julgamento criminal apenas sob um direito penal para cuja criação ele tenha contribuído democraticamente.⁴³

Esses argumentos podem ter um certo peso – mas sem dúvida, quando o objetivo é criar uma área judicial comum, todos os Estados-Membros da União Européia devem ser tratados como sendo um país. Fronteiras e nacionalidades perdem seu significado e parece estar dentro da lógica do processo de integração a abolição da proibição da extradição de nacionais.

hb) Reconhecimento mútuo e a possibilidade de invocar direitos fundamentais nacionais

No que diz respeito à relevância dos direitos fundamentais em matéria de extradição, é necessário dizer que se tornou quase de senso comum, por muitos anos, que todo o procedimento de extradição deveria ser considerado exclusivamente uma questão de direito internacional público. Por essa razão, os Estados requerente e requerido eram vistos como sujeitos e o indivíduo era considerado um mero objeto do procedimento de extradição. Em consequência, os indivíduos não poderiam invocar seus direitos fundamentais nessa matéria. Atualmente, essa visão tradicional tem sido refutada de modo crescente. De acordo com a moderna doutrina dos direitos fundamentais e do estado do direito, o indivíduo pode invocar seus direitos fundamentais sempre que o Estado restrinja sua liberdade. Esse é, sem dúvida, o caso, quando se trata de extradição. Em resultado, admite-se que direitos fundamentais devam ser aplicados ao direito extradição.⁴⁴

⁴³ Esse argument o também foi trazido à baila pelo Tribunal Constitucional alemão, julgamento de 18.7.05, BVerfGE 113, 273 e ss. (número de margem 85).

⁴⁴ Schomburg/Lagodny/Hackner/Greif, em Schomburg/Lagodny/Hackner/Greif, International Cooperation in Criminal Matters, 4th ed. (München: C.H.Beck 2005), IRG, Introdução, número de margem 90.

Mas a possibilidade de invocar direitos fundamentais não dá causa à demoradas discussões sobre a admissibilidade da extradição, e não conflita, dessa forma, com os objetivos do MDE? Dessa forma um conflito entre a proteção de indivíduos pelos direitos fundamentais nacionais, de um lado, e a efetividade da persecução penal transnacional, de outro, parece inevitável.⁴⁵

É verdade que 100% de realização do princípio do reconhecimento mútuo não deixaria espaço para garantias sob o direito do Estado requerido. Mas a questão é: a Decisão-Quadro realmente não deixa espaço para garantias constitucionais nacionais em favor do indivíduo? O considerando n° 12, bem como o art. 1°, parte 3, diz que a Decisão-Quadro não terá o efeito de modificar a obrigação de respeitar direitos fundamentais ou princípios legais fundamentais reconhecidos pelo art. 6° do Tratado da União Européia. Desse modo, é garantida uma espécie de **ordem pública européia**. A questão remanesce no quanto garantias **nacionais** indo além de uma ordem pública européia poderiam justificar uma recusa de extradição. Em outras palavras: qual a relação entre direito nacional e direito da União Européia? Há alguma prioridade deste como nós conhecemos no direito da Comunidade Européia.⁴⁶ Mais que isso, nem mesmo a hierarquia entre direito da Comunidade e os direitos fundamentais nacionais está satisfatoriamente estabelecida.⁴⁷ Por essa razão não é claro se os Tribunais Constitucionais nacionais aceitarão que o princípio do reconhecimento mútuo, contido em um instrumento legal europeu, pode afastar direitos fundamentais nacionais.

⁴⁵ Vogel, 'Commentary on Article 73 IRG', em H. Grotzner and P.-G. Pütz (eds), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen (Heidelberg: R. v. Decker, 2005), número de margem 137-138.

⁴⁶ Ver a decisão do TJE em Caso 6/64 "Costa J. ENEL", ECR 1964, 1251, 1270.

⁴⁷ Ver, por exemplo, a posição do Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE 89, 155 e ss. (número de margem 70).

Apesar disso, deve ser dito que essa questão provavelmente não será levantada na prática de forma freqüente, especialmente – como demonstraremos adiante – porque a Decisão-Quadro admite um certo grau de “ordem pública nacional – em seus arts. 3º e 4º onde nós encontramos motivos para não execução (idade, território, etc.) – obrigatórios ou facultativos. Além disso, o considerando nº 12 (última frase) estabelece que a Decisão-Quadro não impede que um Estado-Membro aplique suas regras constitucionais relacionadas a processo, liberdade de associação, liberdade de imprensa e expressão em outras mídias. Mas ao menos do ponto de vista teórico é muito interessante levantar a questão.

cc) Reconhecimento Mútuo e o Requisito da Dupla Incriminação

(1) O Requisito da Dupla Incriminação como Estabelecido nas Provisões da Decisão-Quadro

Como já detalhado no “programa de medidas” da Comissão⁴⁸,

o requisito da dupla incriminação foi identificado como uma das características essenciais para definir o âmbito do reconhecimento mútuo. A Decisão-Quadro do MDE detalha esse requisito especialmente em seu art. 2º em um conceito de três estágios:

No primeiro estágio, o MDE parece estabelecer o princípio de que uma pessoa somente será entregue se for atendido o requisito de dupla incriminação. Na dicção do § 4º do art. 2º:

(...) a entrega pode ser submetida à condição de que o ato pelo qual o mandado de detenção europeu foi emitido constitui um delito sob o direito do Estado exequente, independentemente dos seus elementos típicos ou do modo como esteja ele descrito;

Em adição, o n° 1 do art. 4º, em especial, concede aos Estados-Membros o direito de denegar a execução de um MDE “se ... o ato no qual se baseia o mandado de detenção europeu não constitui uma infração sob o direito do Estado-Membro exequente.” Esses dois dispositivos – lidos em conjunto – pelo menos parecem estabelecer o tradicional princípio da dupla incriminação.

Mas, de forma mais importante, o parágrafo 2º do art. 2º introduz uma longa lista de exceções ao requisito da dupla incriminação que pode ser identificada, provavelmente, como a característica mais importante do MDE. O § 2º do art. 2º prevê:

“As infrações seguintes, se puníveis no Estado emitente com uma sentença de prisão ou ordem de detenção por um período máximo de pelo menos três anos e assim definidas pelo direito do Estado-Membro emitente, devem, nos termos dessa Decisão-Quadro e sem verificação da dupla incriminação do ato, autorizar a entrega com base em um mandado de detenção europeu.”

Mas o que é enumerado nessa famosa “lista positiva” não é uma lista de infrações claramente definidas, mas uma descrição pouco apurada de condutas potencialmente incrimináveis, e.g.,

⁴⁸ OJ 2001 C 12, p. 10 e ss.

“sabotagem” ou “racismo”. Isso significa que, em um segundo estágio o requisito da dupla incriminação é abandonado para um vasto catálogo de infrações. Em consequência o princípio subjacente ao MDE é, realmente, de que a dupla incriminação não é mais exigida.

No entanto, no n° 7 do art. 4° nos encontramos – como um terceiro passo – uma importante exceção à exceção, embora de caráter opcional, levando em conta aquelas circunstâncias que estão ligadas, proximamente, ao que poderia ser chamado de uma reserva de ordem pública. O n° 7 do art. 4° prevê que a execução de um mandado de detenção europeu possa ser recusado quando tiver relação com infrações que:

“(a) são consideradas pela Lei do Estado-Membro executante como tendo sido cometidas, no todo ou em parte, no território do Estado-Membro executante ou em um local tratado como tal;

ou

(b) tenham sido cometidas fora do território do Estado-Membro emiteente e o direito do Estado-Membro executante não permita persecução pelas mesmas infrações quando cometidas fora de seu território.”

Apesar dessa exceção à exceção, que, uma vez mais, é apenas uma opção para os Estados-Membros por ocasião da implementação da Decisão-Quadro. O requisito da dupla incriminação foi abolido para um amplo espectro de infrações e, desse modo, introduzido o princípio do reconhecimento mútuo nessa área em uma extensão quase surpreendente.

(2) Desafios Interpretativos

Por algumas razões as provisões sobre dupla incriminação constituem um dos maiores problemas no trabalho com o MDE. Em primeiro lugar, a interpretação do dispositivo em si não é fácil. Isso é óbvio em caso de termos precisos no catálogo do art. 2°, § 2° como “facilitação de ingresso ou residência não-autorizada, racismo e xenofobia, bem como sabotagem”. Mais importante: o que significa “sem verificação da dupla incriminação do fato” no art. 2°, § 2°? Podem as autoridades judiciais do Estado requerido verificar, ainda que de modo rápido e pouco preciso, se os fatos podem ser considerados, de modo razoável, como um dos casos da lista? Ou, o que é provavelmente a intenção, as autoridades do Estado requerido teriam que se basear completamente na “cruzinha” feita pelas autoridades do Estado requerente?

(3) A Justificativa da Redução do Requisito da Dupla Incriminação

Sem considerar essas objeções práticas, uma questão de certo modo fundamental tem que ser posta, o que é essencial para o conhecimento do princípio do reconhecimento mútuo como confomado pelo MDE: Se justifica essa extensa redução do requisito da dupla incriminação na área comum de segurança e justiça? Essa questão não pode ser respondida sem que se tente esclarecer quais são as idéias por detrás e, em um segundo passo, determinar se essas idéias se tornaram obsoletas em uma área europeia comum de segurança e justiça.

O requisito da dupla incriminação pode ser particularmente justificado com vista ao princípio da legalidade. Para exemplificar isso, vejamos o seguinte caso:

Caso 1:

A viaja frequentemente a negócios para o Estado de Utopia. Ele também tem uma conta em um banco de Utopia. Um dia ele percebe que o banco creditou acidentalmente, sem razão, 100.000 € em sua conta. A está consciente da óbvia falha do banco. Como ele é bastante familiarizado com o sistema legal de seu Estado natal, Fantasia, ele sabe que não incorreria em estelionato sob o direito de Fantasia ao solicitar ao caixa bancário o saque de 100.000 €, aproveitando-se do erro do banco. A decide agir assim e obtém o dinheiro. Infortunadamente, de volta à Fantasia, ele é preso para extradição por que o seu ato é punível como estelionato sob o direito de Utopia.

Poder-se-ia alegar que o Estado requerido infringiu a máxima universalmente reconhecida *nulla poena sine lege* se ele auxiliava um Estado requerente na persecução de um indivíduo por um ato que — do seu próprio ponto de vista — não é punível.⁴⁹

Essa argumentação poderia ser rejeitada fazendo-se uma precisa distinção entre persecução penal, de um lado, e cooperação judicial, de outro. O princípio *nulla poena*, poder-se-ia argumentar, somente se aplica à sentença em si, uma vez que ela implica, de forma imediata, consequências particularmente sérias para o indivíduo. Não deveria ser aplicada, em contraste, ao procedimento de cooperação judicial que é somente um passo preparatório para a persecução por um outro Estado.⁵⁰ É difícil, no entanto, negar que auxiliar um outro Estado a punir uma pessoa já é uma parte do

⁴⁹ Esse argumento foi trazido à baila pelo apelante no procedimento perante o Tribunal Constitucional alemão (Ver julgamento de 18.7.05, número de margem 22 e ss.). O Tribunal não teve que decidir sobre essa questão, porque a lei alemã de implementação foi considerada inconstitucional por fundamentos diversos.

⁵⁰ Ver a posição do Governo Federal alemão no julgamento perante o Tribunal Constitucional alemão (Ver julgamento de 18.7.05, número de margem 43 e ss.).

processo de punição. A ajuda que consiste na entrega de uma pessoa acusada será usualmente uma condição necessária para a punição. As duas categorias não podem ser facilmente distinguidas, como pode parecer à primeira vista.

Mas mesmo que fosse correto que a extradição de uma pessoa ainda não é parte do procedimento de punição o requisito da dupla incriminação pode ser necessário por razões de certeza legal. Não é certo que toda pessoa deve saber por que cime ela está sendo extraditada? Não é justo acreditar que nós não seremos extraditados a não ser que tenhamos violado as leis penais do Estado requerido?

De outro lado, nós não temos que levar em conta que o direito penal pode ser diferente quando nós vamos para o estrangeiro, de modo que o requisito da dupla incriminação possa ser abandonado pelo menos em casos nos quais o ato foi cometido no Estado requerente? Você verá que pode haver um espaço considerável para diferenciação.⁵¹

O argumento da certeza legal pode parecer mais convincente se o comportamento em questão teve lugar exclusivamente no Estado requerido. No caso I retromencionado, esse aspecto poderia ser relevante se A não tivesse perguntado ao empregado do banco utopiano em Utopia, mas em uma de suas filiais em Fantasia. Nesse caso haveria, efetivamente, razão para perguntar se A poderia prever que a jurisdição dos tribunais fantasianos poderia ser admitida de acordo com o princípio da personalidade passiva e que aquele ato implicaria, por tal razão, responsabilidade criminal. Por isso é altamente duvidoso que ele pudesse ajustar seu compor-

⁵¹ Uma abordagem diferenciada foi adotada pelo Tribunal Constitucional alemão no seu julgamento de 18.7.05, BVerfGE 113, 273 et seq (número de margem 84 e ss.).

tamento à situação legal. Em consequência uma extradição nesse caso constitui uma infração do princípio *nulla poena*.

Outro argumento importante poderia ser trazido a favor do requisito da dupla incriminação: o Estado requerido não estaria se colocando em contradição com seus próprios valores jurídicos ao ajudar a perseguir penalmente alguém por um ato que ele não considera punível sob o seu próprio direito? Para exemplificar isso, vejamos um outro caso:

Case 2: Dessa vez A trabalha como escritor. Ele publica em Utopia um artigo via internet em língua fantasiana, no qual ele critica acidamente altos representantes da principal religião de Fantasia. Em Fantasia, suas declarações configuram crime contra a honra, enquanto em Utopia elas estão protegidas pela liberdade de expressão e opinião. Fantasia solicita extradição.

À primeira vista, o argumento de que o Estado requerido estaria contrariando seus próprios valores legais parece convincente. Mas sistemas de valores não são iguais em todo o mundo. É claro que é possível que o Estado A aceite que um certo ato, que, cometido no território do Estado B, é punido pelos tribunais no Estado B embora o mesmo ato – cometido em A, possa não ser punível. Tome-se, por exemplo, um país que tem um claro problema de abastecimento de água e, por essa razão, pune o desperdício de água. Um país da Europa central não poderia, certamente, punir tal ato, mas talvez aceite que – devido às circunstâncias do outro país – depreciação de água constitua um ilícito penal lá. É admitido que uma regra de dupla incriminação sem qualquer exceção não é necessária.

De outro lado: o caso 2 serve para ilustrar que o abandono do princípio da dupla incriminação pode levar a conflitos com os

fundamentos jurídicos do Estado requerido. O requisito da dupla incriminação seria, talvez, justificado para prevenir tais conflitos? É óbvio que isso é um problema muito intrincado e tudo que possa ser feito nos limites dessa contribuição é uma indicação (*hint*) dos aspectos mais problemáticos.

dd) Resultado Intermediário

A introdução do MDE – uma forma específica do princípio do reconhecimento mútuo – afasta os parâmetros conhecidos do sistema tradicional de extradição. Especialmente a abolição do requisito da dupla incriminação conduz a dificuldades adicionais para a pessoa acusada, que são ligadas, em particular, ao princípio da legalidade. Então, nossa primeira avaliação é de que o reconhecimento mútuo de decisões judiciais – em matéria penal – leva a uma diminuição dos direitos de defesa pode, efetivamente, ser considerada verdadeira.

4. A aplicação do princípio do reconhecimento mútuo em outras áreas da cooperação judicial

Para ilustrar a tendência moderna da cooperação judicial dentro da UE nós decidimos olhar de perto a Decisão-Quadro do MDE. Não obstante deve ser enfatizado que a decisão quadro tem que ser considerada como um modelo para outros instrumentos pensados para facilitar a cooperação judicial dentro da UE e, em consequência, como um paradigma para a própria concepção de cooperação em matéria penal na Europa.

a) Cooperação Judicial relativa a provas

aa) Ordens de arresto de propriedades ou apreensão de provas

No campo da cooperação judicial relativo a provas, a Decisão-Quadro de 22 de julho de 2003 sobre a execução de ordens para apreensão de bens ou provas deve ser mencionada em primeiro lugar.⁵² Seu propósito é a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo em fase pré-processual bem como no arresto de propriedades que sejam relevantes para procedimentos criminais em outro Estado-Membro. Essa Decisão-Quadro tem exatamente a mesma construção da Decisão-Quadro do MDE e foi pensada para assegurar que peças potenciais de prova não possam se perder antes de serem transferidas para o Estado-Membro onde o processo terá início. O ato de transferência em si não é coberto pela Decisão-Quadro – o que significa que formas tradicionais de cooperação judicial (*in so far*) não foram modificadas e ainda se aplicam.

bb) Mandado Europeu de Prova (European Evidence Warrant)

Por essa razão a Comissão propôs outra Decisão-Quadro no final de 2003.⁵³ Essa proposta visava à introdução do chamado Mandado de Prova Europeu⁵⁴ para obtenção de objetos, documentos e dados para uso em procedimentos criminais – e segue completamente o modelo do mandado de detenção europeu. Por meio des-

⁵² Decisão-Quadro 2003/577/JHA, OJ 2003 L 196, p. 45.

⁵³ COM (2003) 688 final, COM-documents estágio disponíveis em <http://ec.europa.eu/transparency/rectadoc/recherche.stm?CL=en> (Último acesso em 1.2.08). Sobre o Mandado Europeu de Prova, ver a avaliação de Albrecht, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2006, 70 e ss.

⁵⁴ Para mais, Verwaelt (ed.), European Evidence Warrant (Antwerpen: Intersentia 2005).

se novo instrumento um juiz no Estado-Membro A poderá determinar medidas de investigação, como mandados de busca e apreensão e (*production orders*) que serão aplicáveis em outros Estados-Membros. Adicionalmente, a Decisão-Quadro proposta dispõe sobre a transferência de objetos, documentos ou dados que pöe sobre a transferência de acordo com o direito processual. Isso inclui tenham sido obtidos de acordo com o direito processual. Isso inclui requisições de cópias de registros criminais. Embora as negociações tenham tomado algum tempo, em junho de 2006 o Conselho alcançou um acordo para a introdução desse instrumento.⁵⁵

Os problemas trazidos por esse desdobramento são similares aqueles vistos antes no contexto do MDE. Em primeiro lugar, é possível invocar direitos fundamentais nacionais contra a produção de provas produzidas em razão de um Mandado Europeu de prova. Em segundo lugar, quanto a abolição do requisito de dupla incriminação: como o requisito da dupla incriminação deve ser totalmente abolido para um catálogo de infrações, pode ocorrer a situação de que o Estado requerido tenha que executar medidas a fim de investigar um ato que não é punível de acordo com suas próprias leis. Leve em conta, ainda, que o catálogo de infrações é idêntico aquele conhecido do MDE, com todas suas descrições bastante imprecisas, parcamente suficientes descrições de mau-comportamentos. Por essa razão, a Alemanha insistiu em uma cláusula de reserva (*opting-out-clause*) para algumas infrações definidas de forma particularmente vaga.⁵⁶

⁵⁵ Documento do Conselho nº 9409/06, uma versão – até agora – final da proposta pode ser encontrada no Documento do Conselho nº 13076/07.

⁵⁶ Art. 23 § 4 da proposta.

cc) O Promotor Europeu

Um último ponto em relação à produção da prova na UE, o projeto de um Promotor Europeu levantado por um Relatório Verde da Comissão.⁵⁷ Nessa proposta é dito que um elemento de prova que tenha sido legalmente produzido em um Estado-Membro deve ser admissível nos tribunais de todos os outros Estados-Membros. Uma regra de admissibilidade de prova desse tipo pode levar a uma **escolha de jurisdição (forum shopping)** dentro da UE. Embora possamos afirmar que em todos os Estados-Membros da UE há um equilíbrio entre os interesses da persecução penal e dos direitos de defesa, esse balanço é estabelecido de modos diversos, uma vez que os direitos de defesa podem ser garantidos em estágios diferentes do procedimento criminal. De acordo com a proposta da Comissão, as provas poderiam ser produzidas em países com padrões baixos de proteção na fase pré-processual e depois introduzidos no julgamento em outros países onde o equilíbrio entre direitos de acusação e defesa já são estabelecidos na fase anterior do procedimento. Em resultado, o padrão mais baixo de proteção poderia ser implementado no nível europeu.⁵⁸ Se o abandono do requisito da dupla incriminação já pode ser criticado, então alguém deve dizer que o próximo passo destruiria completamente o equilíbrio entre acusação e defesa no procedimento criminal.

Como o Tratado de Lisboa, emendando os “velhos” Tratados Europeus, agora prevê uma base legal para a criação de um órgão de acusação em tais bases,⁵⁹ esse desenvolvimento merece particular atenção no futuro próximo.

⁵⁷ COM (2001) 715 final.

⁵⁸ Para detalhes ver Satzger, *Strafverteidiger* 2003, 141; Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2ª ed. (Nomos: Baden-Baden 2008), § 9 número de margem 23 e ss.; Radtke, *Goltdammers Archiv für Strafrecht* 2004, 21; Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2ª ed. (Springer: Berlin et al. 2007), § 14 número de margem 41 e ss.

⁵⁹ Art. 69e Tratado de Lisboa = art. 86 Tratado de Funcionalmente da União Européia.

b) Reconhecimento Mútuo de Decisões Sancionatórias

Com duas Decisões-Quadro subsequentes, o campo de aplicação do reconhecimento mútuo foi alargado para a execução de pelo menos duas formas de decisões sancionatórias – penalidades financeiras e ordens de confisco.⁶⁰ Outra Decisão-Quadro, relativa à execução de julgamentos que imponham sentenças de prisão e medidas envolvendo privação de liberdade, está sendo preparada por instituições europeias.⁶¹

c) O Princípio da Disponibilidade da Informação

Adicionalmente, é necessário levar em conta outro desdobramento que se acelerou muito durante os últimos anos: a facilitação da cooperação judicial em relação a peças de informação relevantes para procedimentos criminais. Como exemplo, pense em uma impressão digital que é registrada no Estado-Membro A. De acordo com o princípio da disponibilidade⁶², órgãos da persecução penal de outros Estados-Membros poderiam verificar o nome, endereço, etc., da pessoa a qual pertença a impressão digital. Embora esse desdobramento ainda esteja em seu início,⁶³ o princípio da disponibilidade da informação pode vir a ser o “irmão menor” do princípio do reconhecimento mútuo nos próximos anos.

⁶⁰ Decisão-Quadro 2005/214/JHA, OJ 2005 L 76, p. 16 e Decisão-Quadro 2006/783/JHA, OJ 2006 L 328, p. 59.

⁶¹ Ver Documento do Conselho nº 15875/06 COPEN 121 de 30.11.06.

⁶² Esse princípio já estava contido no Programa de Haia, ver OJ 2005 C 53, p. 7 e ss.

⁶³ O primeiro passo nessa direção foi dado com o Tratado de Prüm (Documento do Conselho nº 10900/05) entre sete Estados-Membros da UE; ver também a proposta da Comissão para uma Decisão-Quadro, COM (2005) 490 final.

5. Conclusão

Considerando tudo isso, é correto falar em uma nova tendência na cooperação judicial dentro dos países da UE. Desse modo, a discussão sobre o MDE não apresenta interesse apenas no direito da extradição, mas é de extraordinária importância para julgar a legitimidade dessa nova tendência, de modo geral. Como já dito: a idéia de reconhecer decisões judiciais é baseada na visão de criar uma área judicial única. Todos os diferentes Estados-Membros, com seus sistemas legais, são considerados como sendo equivalentes, como constitutivos de uma área única, e, até um certo grau, homogênea. Em outras palavras, o reconhecimento mútuo pressupõe um grau considerável de harmonização. No entanto, essa área judicial única não passa de ficção até agora. Há demasiadas diferenças entre os sistemas nacionais. Isso não significa que o princípio do reconhecimento mútuo deva ser considerado errado *per se*. Mas talvez você possa argumentar que ele é prematuro, porque, visto em seu conjunto, o desenvolvimento atual é unilateral em prejuízo da pessoa suspeita e, em consequência, enfraquece seriamente sua posição.

Como primeiros – mas certamente insuficientes – passos na direção certa pode ser mencionado o Caderno Verde da Comissão sobre Garantias Procedimentais para Suspeitos e Acusados em Procedimentos Criminais⁶⁴ e na proposta da Comissão para uma Decisão-Quadro sobre certos direitos procedimentais em matéria penal na UE.⁶⁵ Esses projetos visam a introduzir padrões mínimos comuns, por exemplo em relação ao direito à assistência de advogado e a um intérprete competente. Entretanto, seu resultado não foi muito encorajador. Mesmo após a redução do conteúdo da Decisão-Quadro a um mínimo absoluto não se logrou chegar a um acordo

⁶⁴ COM (2003) 75 final.
⁶⁵ Documento do Conselho nº 16874/06.

do sobre o texto. Esse frustrante resultado torna ainda mais necessário reforçar a posição da defesa em procedimentos de crimes transnacionais de modo que ele pode agir como um contrapeso aos órgãos da persecução com suas crescentes possibilidades.⁶⁶ A proposta do “Eurodefensor” pode ser muito útil nesse contexto, uma organização que deverá unir advogados competentes de todos os países da UE e que poderá estar em posição de providenciar a necessária assistência e informação para pessoas afetadas pela persecução transnacional.⁶⁷

As considerações anteriores demonstraram: há ainda um longo caminho a percorrer até que os procedimentos transnacionais na Europa – que são, indubitavelmente, necessários para conter o crime transfronteiriço – estejam incluídas em um sistema que garanta suficientemente os direitos de defesa e a proteção legal da pessoa acusada. Entretanto, vale a pena preservar a tradição liberal da justiça criminal na Europa e fazer tais esforços.

⁶⁶ Satzger, “Desafíos para la defensa procesal en tiempos de lucha nacional y internacional contra la criminalidad”, no “Simposio Argentino-Alemán der Derecho Penal” (no prelo).
Mais detalhadamente, ver: ver Nestler, in: Schünemann (ed.), A Programme for European Criminal Justice, 2006, p. 415 e ss.; Szwarc, in: Schünemann (ed.), A Programme for European Criminal Justice, 2006, p. 429 e ss.