

# Da sociedade de risco à sociedade da vigilância<sup>[1]</sup>

*José António Henriques dos Santos Cabral*

(Juiz Conselheiro, Supremo Tribunal de Justiça)

## I

A análise do tema da cooperação judiciária internacional tem necessariamente inscrita a seu montante não só a compreensão do ambiente global que permitiu a sua evolução exponencial nas últimas décadas como, também, a percepção de que a mesma é apenas uma das formas como os Estados enfrentam hoje desafios que não conhecem fronteiras. O discurso sobre a inevitabilidade da cooperação judiciária interestadual é, em última análise, uma imposição, e consequência, dum mundo em transformação acelerada.

Na verdade, quem ensaiar um olhar retrospectivo sobre a convivência neste espaço global que é a nossa Casa comum ficará perplexo perante as transformações radicais que, nas últimas décadas, ocorreram sob o nosso olhar sem que nos tivéssemos apercebido. A procura dum mundo mais justo na distribuição da riqueza; mais sensato na gestão dos recursos mais afincado na justiça e igualdade entre os povos foi substituída por uma sociedade dilacerada pelas convulsões, e pela incerteza, vogando sem um rumo definido ao sabor dos interesses dominantes.

---

<sup>1</sup> Intervenção no 5.º Congresso de Investigação Criminal da ASFIC/Polícia Judiciária.

Um elemento caracterizador destes tempos, e que assumiu um contorno mais definido na parte final do século XX, foi a crise do Estado-nação territorial herdado do tratado de Westfalia. Como refere Eric Hobsbawn<sup>2</sup> nos duzentos e cinquenta anos anteriores a este ponto de viragem, o Estado aumentou continuamente o seu poder, os seus recursos, o seu espectro de actividades e o seu conhecimento, e controle, sobre o que acontecia no seu território. Este desenvolvimento, que surge independente de políticas e de ideologias, alcançou o seu apogeu com o Estado Providência, depois da Segunda Guerra Mundial, e tem na sua essência o monopólio de leis e o poder dos tribunais estaduais.

No definimento do Estado Nação assume um papel crucial a globalização com o enorme aumento de mobilidade e a remoção em grande escala de controlos de fronteira, tornando mais difícil, senão impossível, o domínio do território. Com Estados incapazes de controlar, ou até monitorizar, os fluxos financeiros internacionais estão garantidas as condições para a impunidade de transacções e de trânsitos ilegais à escala global.

Potenciando tal debilidade do Estado Nação, mas agora na sua relação com os cidadãos, é patente uma cada vez maior quebra da relação de lealdade destes para com aquele e uma cada vez menor disponibilidade para aceitar como absolutas regras, e valores, que tínhamos por adquirido como património civilizacional.

Acresce, ainda, o papel fundamental assumido pelo império da tecnologia que, deixando de ser unicamente um instrumento utilizado em benefício da humanidade transforma-se num objectivo único, justificando-se a si mesma. Temos, também, a consciência de que os danos na ecologia do planeta são hoje irreversíveis e por adquirido que iremos deixar aos nossos filhos um mundo mais pobre do que aquele em que nascemos.

Esta mudança do paradigma económico, e político, que significou uma alteração radical da geoestratégia mundial, potenciou uma mudança do fenómeno

---

<sup>2</sup> Globalização, Democracia e Terrorismo pag 132 e seg.

criminal na medida em que colocou ao dispor das organizações criminosas uma pluralidade de instrumentos de actuação. Muitos dos riscos que ameaçam bens jurídicos colectivos decorrem de formas de criminalidade que têm a característica comum de aproveitamento das redes de comércio internacional e da facilidade com que pessoas, bens e capitais circulam, hoje, à escala planetária numa lógica em que a procura do aumento da margem de risco conduz a uma muito maior margem de lucro ilícito. Convivemos agora com uma criminalidade estrutural e global ou, como refere Ziegler, estamos perante uma “ruptura civilizacional”, na qual o crime organizado se mobiliza como a fase última do capitalismo e a uma “criminalidade dos pobres” sucede uma “criminalidade dos ricos e poderosos”.

Potenciando as fracturas desta mudança global o recurso à violência emerge nas nações, e nas sociedades, como forma de resolução dos conflitos políticos, religiosos e sociais de grande dimensão, assumindo diferentes cambiantes que vão desde os motins raciais até à luta pela sobrevivência.

## II

É Beck<sup>3</sup> que, em 1986, identifica esta nova realidade convocando uma nova forma de organização, e estruturação, da sociedade, cujo dealbar se situa no final da década de 70, revelando-se em todos os planos da actividade humana, evidenciando uma civilização *post* idade industrial com uma particular incidência na tecnologia, bem como ao nível das estruturas económicas e sociais<sup>4</sup>.

Pronunciando-se sobre o tema refere Blanca de Mendoza que na sociedade de risco encontramos a mudança no potencial dos perigos actuais,

---

<sup>3</sup> Ulrich Beck Sociedade de Risco Mundial pag 50 e seg.

<sup>4</sup> Segundo o mesmo Autor na sociedade de risco entrelaçam-se diversas matizes estruturais em que dominam a globalização, a complexidade das relações financeiras e económicas a cooperação transnacional, o dinamismo na sua economia, a multiplicidade de conexões causais e, essencialmente, a ausência de qualquer regulação eficaz a nível regional ou mesmo universal. Estamos perante uma sociedade na qual os avanços científicos e tecnológicos, bem como o fenómeno da globalização, entre outros factores, fazem emergir perigos até agora desconhecidos que nos confrontam com a moça própria existência e fazem sentir uma sempre presente espada de Dâmoçles sobre as nossas vidas (por exemplo, os perigos derivados da utilização de energia nuclear).

comparativamente a outros momentos históricos, uma vez que, por contraposição em relação aos desastres naturais do passado, agora o risco é fruto da actividade humana e das decisões do homem. Avulta, ainda, a dimensão dos perigos que se projectam á escala global ou, no mínimo, com grandes dimensões territoriais, colocando em causa um número indeterminado, e potencialmente elevado, de pessoas, ou até mesmo em risco a sobrevivência da humanidade pois que os grandes riscos tecnológicos têm implícita a autodestruição colectiva<sup>5</sup>.

Estes novos perigos trazem à colação problemas complexos como a determinação da conexão da imputação ou a própria atribuição de responsabilidade, quer em termos individuais quer em termos de organização, pois que os princípios clássicos relativos ao nexos de causalidade, à culpa e à responsabilidade dificilmente se coadunam com a sociedade de risco em que nos encontramos.

Acresce, por último, mas não em último, o sentimento crescente de insegurança pessoal ante os novos perigos que se pressentem, mesmo quando tal sentimento não tenha uma correspondência real. A reacção é uma constante exigência da comunidade por níveis cada vez mais elevados de segurança ainda que em detrimento da própria liberdade.

Face a este quadro surge por parte do cidadão inquieto uma exigência de resposta e é nesse contexto que se compreende a reivindicação pela expansão do direito, nomeadamente do direito penal, ao qual caberá, então, o papel de formatação duma outra sociedade perante a perda de consistência, e capacidade, do direito clássico.

Expansão do direito penal; direito penal do inimigo; cooperação judiciária internacional; sociedade de vigilância são algumas das formas pelas quais os Estados ensaiam hoje, em conjugação, ou individualmente, uma tentativa de adequação aos desafios colocados por um mundo em mudança. Algumas dessas transformações assumem uma natureza formal, e institucional, enquanto que outras se processam à

---

<sup>5</sup> El Derecho Penal en la Sociedade de risco Civitas Madrid pag 25 e seg.

margem de qualquer controlo, conduzidas por instâncias a quem são proporcionados meios gigantescos para uma vigilância à escala global, tornando uma coisa menor o Grande Irmão de Orwell.

A cooperação judiciária é, assim, mais um dos instrumentos que reflecte a necessidade de responder aos desafios colocados pela sociedade de risco.

### III

No que toca à questão do lugar do direito penal nesta mesma sociedade, e como refere Jimenez Dias<sup>6-7</sup>, a questão é decidir se é apropriado para o direito penal expandir-se com a finalidade de enfrentar esses perigos ou se, pelo contrário, o mesmo se deve cingir ao seu papel clássico. No caso de nos pronunciarmos num sentido positivo nascem daí novos espaços de exigência pois que os conceitos, e instrumentos, clássicos do direito penal perdem a sua consistência, exigindo novas fórmulas, e caminhos, com opções em que directa, ou indirectamente, podem ser colocados em causa princípios, e valores, fundamentais que vão desde a restrição das liberdades individuais dos cidadãos até à expansão do direito punitivo como garante da segurança da sociedade

Na dialéctica sobre o caminho mais correcto para enfrentar este estado de coisas surgiram dois tipos de resposta-o primeiro corporiza uma resistência à modernização, ou tendência redutora, e é representada, entre outros, pela Escola de Frankfurt, nomeadamente por Hassemer. Nesta perspectiva o direito penal não deve ser responsável pela defesa da sociedade perante os novos riscos, defendendo que se deve manter intacto o sistema conceptual do direito penal clássico.

---

<sup>6</sup> Sociedad del riesgo e intervencion penal Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia 16-08 (2014).

<sup>7</sup> Precisando o contexto em que surge este novo direito importa precisar é que nas novas actividades geradoras de riscos emergentes da sociedade moderna, muitas vezes estes riscos se entrecruzam, potenciando os seus efeitos e tornando difícil o seu controle e definição concreta duma responsabilidade derivada da causalidade entre a decisão e acto. Por outro lado, é permanente o sentimento de insegurança.

Num plano distinto, e oposto, aqueles que, como Schünemann, defendem uma resposta necessária à modernização da criminalidade, salientando que, se a dogmática penal for incapaz de se adaptar aos novos tempos, então a sua evolução e subsistência está comprometida.

Uma terceira via, protagonizada por Silva Sanchez, propõe a divisão do direito penal em diversos patamares, ou diferentes níveis de exigência, configurando uma lei penal de duas velocidades. A primeira corresponderia ao Direito penal clássico na qual, e uma vez que implicaria a pena de prisão, os princípios devem ser rigidamente mantidos bem como as regras de imputação e princípios processuais. Por seu turno o direito penal de segunda velocidade seria uma espécie de direito penal acessório, no qual se integrariam crimes de perigo presumido. Este autor estabelece, assim, dois níveis de rigor dentro do direito penal: um, mais rigoroso, para o núcleo duro de criminalidade e outro, mais flexível, para as figuras com que deve enfrentar os novos riscos da sociedade moderna.

Para além disso Sanchez propõe uma terceira velocidade do direito penal, em que o direito penal convocaria uma ampla relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Sem negar que esta terceira velocidade descreve uma área que deve ser reduzida à expressão mínima, o mesmo Autor considera que ela é inevitável em certas áreas excepcionais (crime de natureza profissional, violenta e repetida delinquência sexual), ou fenómenos como o crime organizado e terrorismo, que ameaçam minar os fundamentos do Estado.

Estamos em crer que a exacta compreensão da função do direito penal tem na sua génese a forma como o mesmo se adapta à evolução da sociedade e às suas complexidades.

Como se referiu, nas últimas décadas sobressaiu uma criminalidade substancialmente diversa daquela à sombra da qual se construíram os códigos que são a pedra angular do nosso direito penal. E se tal constatação não pode legitimar uma reacção que vise restringir direitos fundamentais igualmente é exacto que a inadaptação do sistema penal à efervescência criminal dos dias que correm o faz

incorrer numa obsolescência e na incapacidade de enfrentar os desafios que transcendam a minoridade.

Não significa o exposto que aceitemos transformações coperquianas nos dogmas do direito penal e que se admita a aceitação em sede de combate a formas radicais de criminalidade (como é o caso do terrorismo) numa zona de quase não direito, incluindo a admissibilidade da tortura. Porém, que a sedução do politicamente correcto, inscrita no discurso garantístico, não nos faça esquecer a existência duma criminalidade complexa, e altamente organizada, que, recorrendo a outros meios organizacionais, ou tecnológicos, e a um poder financeiro de grande dimensão, tem potencialidade para causar danos irreparáveis à escala nacional, global ou regional.

No contexto actual, pretender que o direito penal seja insensível à evolução social é impensável. O direito penal, como o resto da ordem jurídica, é um mero instrumento ao serviço da sociedade e, como tal, deve adaptar-se aos sinais dos tempos

Tal expansão deve procurar conciliar as exigências de combate a esta nova criminalidade com a protecção de princípios fundamentais e que consubstanciam um património intocável. Esse compromisso entre liberdade e segurança tem como pressuposto que não existe liberdade sem segurança e, também, que sem liberdade a segurança tem pouco valor.

Numa visão pragmática, e sucinta, este novo direito terá como critério a incursão em espaços distintos do seu território tradicional com uma maior abrangência de condutas a merecer o rótulo de ilícitas e, como tal, relevantes em termos de criminalização. É um direito penal que oferece a sua tutela a um número elevado de bens jurídicos de natureza supra-individual ou colectiva.

Consequência da necessidade de prevenção, e perante alguma dificuldade de determinação da relação de causalidade com o dano provocado, predominam tipos de perigo e, dentro desta categoria, os crimes de perigo abstracto. Antecipa-se o momento em que terá lugar a intervenção penal, não só se tipificando

criminalmente comportamentos que, anteriormente, só eram considerados ilícitos de natureza não penal como, também, aumentando a repressão penal de certos actos preparatórios

Tais modificações reflectem-se na configuração das garantias penais e processuais, tais como o princípio da subsidiariedade penal, ou o princípio da legalidade, nomeadamente na indeterminação de certeza derivada da menor precisão na descrição dos comportamentos típicos e o uso frequente de crimes de perigo abstracto e a técnica das leis penais em branco.

#### IV

Foi justamente nesse contexto histórico que o direito penal do inimigo se fortaleceu, sendo indiscutível a interpenetração essa linha de pensamento penal e a modernidade reflexiva marcada pelo risco. O direito penal do risco e o direito penal do inimigo não são conceitos independentes uma vez que, enquanto o direito penal do risco significa uma mudança no modo de compreender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta de natureza estrutural e irreversível, o direito penal do inimigo é a sua consequência directa

Por outras palavras, o discurso que procura legitimar o direito penal do inimigo ganha fundamento pelo momento histórico em que é proferido, pelas características da sociedade pós-industrial ou sociedade de risco, em que pretende ser aplicado. O mesmo representa uma reformulação da compreensão do direito penal.

Efectivamente, para Jakobs, seu principal paladino, há indivíduos que devem ser diferenciados como inimigos, e essa diferença deve ser estabelecida em relação ao cidadão comum. Por esse motivo, individualiza e distingue o direito penal do inimigo por contraposição com o direito penal do cidadão.

O direito penal do cidadão define, e sanciona, crimes que os cidadãos realizam de forma pontual e que são a manifestação de uma violação das normas das relações sociais nas quais eles participam no seu estatuto de cidadãos, isto é, na sua



qualidade de sujeitos vinculados à lei e pela Lei. O crime de um cidadão " *não aparece como o princípio do fim da ordem existente na comunidade,* " e por isso, conclui Jakobs, " *o Estado moderno vê no autor de um facto inserido numa criminalidade vulgar não um inimigo ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, por meio de sua conduta, prejudicou a validade da norma e é por isso que se chama - coercitivamente, mas como cidadão (e não como inimigo) - equilibrar o dano na vigência norma* ".

Diferente do cidadão que cometeu um crime é o inimigo. Este através da sua actividade, ou pertença a uma organização, afastou-se da lei, presumivelmente de uma forma duradoura e não apenas acidentalmente, e, conseqüentemente, a sua conduta não garante o mínimo de fidelidade ao Direito. Como Silva Sánchez esclarece, "o trânsito do estatuto de "cidadão" para o de "inimigo" produzir-se-á através da reincidência, da habitabilidade, profissionalismo criminal e, finalmente, a integração em organizações criminosas e, naquele trânsito, releva, além do significado de cada ato criminoso concreto, uma dimensão factual da perigosidade relativamente à qual importa lidar de forma rápida e eficaz.

Os inimigos rejeitam, em princípio, a legitimidade da ordem jurídica e procuram a destruição dessa ordem criando um perigo especial para a mesma, até porque o seu comportamento não é previsível em função das expectativas regulatórias na sociedade<sup>8</sup>.

Analisando, de novo, o quadro legal europeu é liminar a existência duma sedução pelas propostas do denominado Direito Penal do inimigo enunciadas por

---

<sup>8</sup> No direito penal do inimigo os tipos criminosos antecipam a punibilidade de actos que têm a natureza de preparatório. Através daqueles tais tipos criminalizam-se comportamentos que se configuram como uma pré-comissão de qualquer ato criminoso bem como no âmbito de condutas que favorecem a existência de uma organização criminosa e alimentam sua subsistência e permanência. Neste caso encontram-se a mera colaboração com grupos ou organizações terroristas e até mesmo a apologia do terrorismo ou seus agentes. Uma outra característica do direito penal do inimigo é a a desproporcionalidade de penas bem como a restrição de garantias e direitos processuais como a presunção de inocência ou o *nemo tenetur se ipsum accusare* aliados á introdução de amplas medidas intrusivas de obtenção de prova. Os termos da detenção policial são prorrogados de acordo com as finalidades de investigação bem como os prazos de prisão preventiva. O próprio direito penitenciário assume uma natureza excepcional relativamente ao inimigo.

Jakobs. A ampla antecipação da punibilidade, assente no novo paradigma do facto futuro, surge ilustrada, por exemplo, na recente criminalização da distribuição de escritos terroristas e da mera presença em locais de treino terrorista no Reino Unido. Na Holanda, o *Wet terroristtsche misdrijvna* cria regimes de investigação e perseguição criminal que prescindem já da existência de uma suspeita razoável da prática de actos terroristas. Entre nós, a recente proposta de criminalização da apologia de crime terrorista – vertida na Lei 60/2015, de 24 de Junho, que procedeu à quarta alteração da lei nº 52/2003, de 22 de Agosto (Lei de Combate ao Terrorismo) - prevê uma punição até 4 anos se a apologia se consumar na internet (artigo 4., nº 9, da Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto), por contraposição à moldura máxima de 5 anos caso esta se efective numa instigação pública à acção terrorista (artigo 4.º, n.º 3, da lei 52/2003 de 22 de Agosto), num exemplo claro de dessintonia entre a redução da medida da pena e a antecipação

## V

Incidindo agora nossa atenção sobre um outro tipo de reacção surge o tema da cooperação judiciária internacional. Relativamente à mesma e no domínio do espaço comunitário fazem hoje parte do nosso quotidiano instrumentos de uso comum como o mandado de detenção europeu, as equipas conjuntas de investigação, a directiva europeia de investigação ou o apelo a institutos como a Europol, Eurojust ou OLAF.

Na verdade, o Tratado de Amesterdão, veio imprimir uma nova dinâmica, instituindo o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça – ELSJ. Como refere Anabela Rodrigues<sup>9</sup>, a noção de espaço consagrada em Amesterdão modificou radicalmente a concepção de auxílio judiciário que os Estados membros se prestam mutuamente, baseada na ideia de que a soberania penal termina nos limites do seu território. Esta abordagem tradicional (ou clássica) do auxílio mútuo, baseada em relações de

---

<sup>9</sup> O Direito Penal Europeu Emergente de Anabela Miranda Rodrigues edição: Coimbra Editora, abril de 2008.

cooperação entre Estados soberanos, foi substituída por «relações de parceiros entre Estados membros de uma União».

O princípio do reconhecimento mútuo de decisões é o princípio base dos trabalhos da União Europeia em matéria de cooperação judiciária, com consagração expressa no Tratado Constitucional. Com base neste princípio, uma decisão judiciária tomada num Estado Membro da União deve ser reconhecida noutro Estado Membro com o mínimo de motivos de recusa e aí executada directamente.

Tão simples como eficiente é esta regra que determina a implementação de decisões que constituem o principal acervo da cooperação internacional em matéria penal, aplicando-se a todos os domínios da mesma como é o caso da extradição, da transferência de pessoas condenadas, da transmissão de processos penais ou o auxílio judiciário em matéria penal.

No entanto, e desde Amesterdão, o direito comunitário evoluiu atingindo um estatuto de maioridade e hoje a reconfiguração das instituições da União Europeia, em virtude da aprovação e entrada em vigor do Tratado de Lisboa, implica uma alteração substancial, e um factor de grande relevância a capacidade de intervenção dos Tribunais Europeus que agora se pronunciam nas áreas do sistema penal e sobre temas se encontravam subtraídos á sua jurisdição.

Como refere Mouraz Lopes<sup>10</sup>, *“na decorrência da eliminação das «estruturas de pilares» que foram instituídas pelo Tratado de Maastricht, a sindicabilidade e a sujeição à apreciação pelo TJUE das matérias relacionadas com o Espaço de Liberdade Segurança e Justiça comportaram um alargamento das competências dos órgãos jurisdicionais da União, quer por via das matérias de reenvio, quer por via das competências diretas. De um ponto de vista institucional, a redenominação daqueles órgãos jurisdicionais e a sua distribuição de competências por dois tribunais, nomeadamente pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Geral e as suas novas e mais amplas competências, constituem uma resposta aos desafios e exigências de uma*

---

<sup>10</sup> A Jurisprudência do TJUE NO ÂMBITO DA Justiça penal pag 7 RPCC 27 (2017).

*maior e mais eficaz resposta a um quadro geral substantivo mais amplo. A abordagem desta dimensão específica não pode, no entanto, deixar de ser acompanhada igualmente pela referência ao domínio da garantia dos direitos fundamentais decorrentes das competências assumidas por via da atribuição de valor de direito originário à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”.*

O vasto campo de matérias de natureza penal que hoje constituem o acervo legislativo comunitário fazem antever um alargamento do objecto de intervenção do TJUE. No que toca à área penal, são relevantes os actos legislativos comunitários com aplicabilidade directa nos Estados da União, que deram origem a intervenções jurisdicionais de enorme relevância. Nessa sequência permitimo-nos elencar, e seguindo o catálogo enunciado pelo autor citado, a Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de Junho, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, modificada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI, do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009; a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março de 2001, sobre o estatuto de vítima no processo penal, entretanto substituída pela Directiva 2012/29/UE do Parlamento e do Conselho; a Decisão-Quadro 2003/577/JAI do Conselho de 22 de Julho de 2003, relativa à execução na UE das decisões de congelamento de bens ou de provas (JO L 196 de 2.8.2003); a Convenção de Aplicação do Acordo Schengen; ou a Convenção Relativa à Assistência Judicial em Matéria Penal entre os Estados Membros da União Europeia.

Paralelamente, devem ainda enunciar-se os instrumentos jurídicos adoptados incidindo sobre matéria processual penal cuja relevância comporta igualmente matéria que tem suscitado a intervenção do TJUE e que, pela sua dimensão transnacional e impacto em todos os países da União, irá certamente exponenciar a intervenção deste órgão. Assim, a Directiva 2010/64/UE relativa aos direitos à interpretação e à tradução no âmbito do processo penal; a Directiva n.º 2011/99/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro relativa à decisão europeia de protecção; a Directiva 2012/13/UE relativa ao direito à

informação em processo penal; a Directiva 2013/48/UE relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e ao direito de comunicação após a detenção.

De grande relevância e já transposta para o ordenamento jurídico interno a Directiva 2014/41/UE referente à Decisão Europeia de Investigação em Matéria Penal, que comporta uma pluralidade de questões e é susceptível de suscitar divergências jurídicas em relação à qual a interpretação jurisdicional irá constituir um momento fundamental. Mais recentemente deve referir-se a Directiva (UE) 2016/343 relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal ou a Directiva (UE) 2016/800 relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal que igualmente são susceptíveis de introduzir alguma complexidade interpretativa neste domínio.

Igualmente relevante o desenvolvimento da actividade legislativa do Parlamento, e do Conselho, visando a criminalização de comportamentos que colocam em causa os interesses financeiros da União bem como a actividade criminosa particularmente grave e de dimensão transfronteiriça. Tal actividade, elevando o nível de criminalização a condutas que colidem com interesses e valores fundamentais do espaço comunitário, certamente que irá propiciar um vasto campo de ensaio doutrinal e jurisprudencial.

Ainda no âmbito dos interesses financeiros da UE o Conselho Europeu anunciou, no ano transacto, que 16 Estados Membros, mediante o instituto da cooperação reforçada, iriam avançar com o processo de criação da Procuradoria Europeia, com base na proposta de regulamento consolidada em Janeiro de 2017. No que respeita à competência material da Procuradoria Europeia, o Conselho Europeu aprovou, no passado dia 25 de Abril de 2017, o texto final da Directiva PIF (luta contra a fraude sobre os interesses financeiros da UE através do direito penal).

A possibilidade de se instituir uma Procuradoria Europeia, a partir da Eurojust revela a vontade do legislador em reconhecer um poder penal próprio à

União. Ao mesmo tempo, a Carta dos Direitos Fundamentais dá o fundamento sem o qual nenhuma política penal se pode legitimamente conceber.

Por último, mas não em último, importa salientar, uma vez mais, a importância do escrutínio levado a cabo pelo TJUE incidindo sobre matéria cujo núcleo são direitos fundamentais dos cidadãos. A interpretação do TJUE sobre questões concretas relevantes para o sistema penal no espaço europeu que decorrem da jurisprudência, têm implicações imediatas nos direitos dos cidadãos europeus, bem como na interpretação que os tribunais nacionais devem seguir sobre a garantia desses direitos num espaço jurídico comum.

Como, de novo, refere Mouraz Lopes<sup>11</sup>, a relevância da jurisprudência que tem sido proferida no domínio penal, *lato sensu*, permite evidenciar o que alguns autores têm vindo a sublinhar a «Direito Processual Europeu», nomeadamente através do papel que tem sido desenvolvido por via da resposta às questões prejudiciais que são suscitadas e pela criação de uma verdadeira jurisprudência europeia, vinculativa para todos os órgãos com competências jurisdicionais de aplicação, e interpretação, das normas em causa.

A relevância «horizontal» que a jurisprudência proporciona em todos os Estados da União é suficientemente poderosa para que se permita, de forma inequívoca, falar de um efectivo espaço judiciário europeu, também no domínio processual penal.

Impõe-se, ainda, que, numa análise mais fina, e ultrapassando a mera enumeração linear da evolução histórica e a operacionalidade das instituições comunitárias, se descortine algumas questões suscitadas pela cooperação judiciária e policial.

A primeira dessas questões advém do facto de, quer a nível nacional, quer a nível comunitário, se verificar uma diferente velocidade nos avanços evidenciados pela cooperação judiciária penal e policial. Formal, ou informalmente, a cooperação

---

<sup>11</sup> Artigo citado.

policial entrou no quotidiano das polícias europeias assumindo um papel fundamental na troca de informação, quer a mesma se processe, ou não, sob os auspícios da Europol. A constante inovação tecnológica nos meios de obtenção de prova ou o próprio conhecimento de novas realidades criminais implica exigência de aprofundamento de conhecimentos que são depreciados pelos actores judiciários.

Surge, assim, o que se pode denominar uma relegação burocrática dos Magistrados que, tendo formalmente o controle e o exercício da acção penal não tem, todavia, a capacidade concreta para os exercitar.

Aliás, a incapacidade de controlo é tanto mais preocupante quanto é certo que se assiste uma proactividade dos serviços de informações, ocupando áreas que anteriormente eram feudo da investigação criminal

Por outro lado, a evolução posterior a Tempere e, essencialmente, os impulsos da cooperação policial após o 11 de Setembro colocam a questão do controle da actividade de cooperação policial, nomeadamente no âmbito da troca de informações que tocam directamente a esfera individual e, nomeadamente, a autodeterminação informacional.

Assumindo-se que a cooperação policial assume hoje em dia uma dimensão qualitativa e quantitativa superior á área de cooperação judiciária coloca-se a questão dos instrumentos necessários, e adequados, a controlar tal actividade. Aqui, e mais uma vez, as diferentes perspectivas subjacentes á ideia de uma abordagem intergovernamental ou de aproximação e encontro de denominadores comuns ente os diversos ordenamentos.

Uma outra preocupação prende-se com as dificuldades inerentes á transposição para o espaço da União de diferente visões propostas por sistemas jurídicos de diferente natureza resultantes de diferente evolução histórica e cultural. Tal diferença de sensibilidade reflecte-se na forma de encarar momentos da evolução como a que está inscrita no Corpus Júris ou a figura do Procurador Europeu.

Como indica Lopes da Mota, “o problema que a União tem de enfrentar, agora numa perspectiva constitucional, traduz-se de forma muito simples: num espaço europeu de livre circulação de pessoas, bens e serviços, sem fronteiras, com elevado nível de desenvolvimento social, económico e tecnológico, os Estados não estão, de forma alguma, em condições de lutar sozinhos contra o crime transnacional, que assume novas formas de organização e encontra condições excelentes de florescimento. Durante a europeização do poder judicial, várias concepções sobre o “espaço europeu” emergiram como forma de legitimar a adopção de novos mecanismos de cooperação. A mobilização dos estados membro a favor da cooperação judicial teve presente uma componente de geometria variável na sua aproximação ao mesmo conceito de espaço judicial europeu. Esta definição está no coração da divergência entre uma perspectiva de aproximação intergovernamental e a aposta na aproximação comunitária”<sup>12</sup>.

Por outro lado, sendo indubitável a existência de um novo paradigma ao nível da justiça penal europeia – pela via do reconhecimento mútuo e da harmonização – não deixa de ser relevante a deficiente procura duma política criminal europeia. Citando Anabela Rodrigues, “a tarefa de harmonização ao nível processual é tão mais importante quanto se tiver em conta a rápida evolução de novos métodos e técnicas de investigação e de vigilância que as inovações tecnológicas permitem. (...) A emergência de um sistema de justiça penal europeia parece inevitável. Mas falta «um projecto a longo prazo» que lhe dê sentido. A passagem de um espaço para um sistema de justiça penal não se faz por si. Há uma mudança de perspectiva que pressupõe opções essenciais, quer ao nível material quer processual, que ainda não foram pensadas de forma sistemática nas suas consequências últimas. Quando a construção europeia é «pré-determinada por combates» – o tráfico de seres humanos, a criminalidade organizada e, agora, o terrorismo –, é o pendor securitário e repressivo

---

<sup>12</sup> Para uma Política Criminal Europeia - Quadro e Instrumentos Jurídicos da Cooperação Judiciária em Matéria Penal no Espaço da União Europeia Anabela Miranda Rodrigues; José Luís Lopes da Mota Editora: Coimbra Editora Ano: 2002



*do penal que ressalta. Temos agora a oportunidade de repensar a Europa penal. Esta pode representar uma «mais-valia potencial», em relação aos sistemas nacionais, no plano da protecção dos direitos e liberdades e no equilíbrio liberdade/segurança”<sup>13</sup>.*

Efectivamente, a construção do espaço jurídico comunitário só pode ter um significado relevante se tiver subjacente um denominador comum ligado a uma estratégia coerente e definida e com enquadramento num modelo de justiça penal europeia racionalmente concebido

## VI

A denominada gestão da sociedade de risco está directamente preocupada com segurança e esta tem inscrita uma procura insaciável de informação para um melhor conhecimento dos riscos. Todavia, quanto mais se progride na busca de informações, examinando as áreas de risco as ameaças e a probabilidade de ocorrência, mais se actualiza, e consciencializa, a existência de novas áreas de insegurança. Recolher informação é, portanto, absolutamente vital para a sociedade de risco.

A ascensão de uma sociedade de vigilância situa-se numa linha de continuidade com a modernidade a qual se caracteriza também pela importância atribuída ao valor de eficiência. Em termos concretos, isto traduz-se em práticas organizacionais que visam dar resposta adequada, e rapidamente, às exigências duma população que anseia pela satisfação das suas necessidades básicas entre as quais a segurança. Para este fim as estruturas organizacionais-estados, entidades empresas implementam um aparato burocrático que visa essencialmente recolher informação com a utilização de tecnologia de vigilância que emprega os meios mais sofisticados.

---

<sup>13</sup> Obra citada.

Apesar do desenvolvimento das tecnologias de vigilância estar associado ao crescimento de sociedades autoritárias a sua justificação perante o público assenta numa lógica de protecção do cidadão.

Uma outra característica da sociedade de vigilância é o facto de a mesma estar conxionada estreitamente com o desenvolvimento da tecnologia permitindo uma enorme amplitude de intrusão. Enquanto que outrora a vigilância não era generalizada, nem sistemática, hoje é rotineira e faz parte do nosso quotidiano, instrumentalizada por agências e organizações afastadas de nós e cuja existência desconhecemos.

Vigiamos sobre tudo e sobre todos. Toda a pessoa pode ser objecto de vigilância e o armazenar grandes quantidades de informação permite traçar perfis cada vez mais complexos em todos os domínios imagináveis. Para parar o criminoso antes que cometa uma infracção, para efectivar uma prevenção mais englobante, e eficaz, é preciso vigiar o maior número possível de pessoas e, idealmente, toda a população.

A vigilância tornou-se omnipresente, e constante, e, generalizando-se está em toda a parte de forma contínua sendo difícil imaginar sectores que lhe esteja subtraída.

Eduard Snowden, Facebook, Cambridge Analytica, Crédito Social Chinês são meros pormenores duma vigilância globalizada. Na verdade, e sem que nos tenhamos apercebido, desenvolveu-se um sistema de sistema global de vigilância massiva que ultrapassou totalmente as previsões de Huxley quando tentava antever aquilo que denominava o Admirável Mundo Novo de Huxley.

Veremos o que o futuro nos reserva, na certeza de que sobre cada um de nós recai o dever de se pronunciar.

*Braga, 13 de Abril de 2018*