

A IMPORTÂNCIA DAS REDES DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EUROPEIA EM MATÉRIA PENAL — QUAL O PAPEL DO ADVOGADO? ¹

VÂNIA COSTA RAMOS

Que relevância jurídica tem a globalização no direito penal? E qual o papel do advogado neste mundo globalizado? Este contributo analisa o fenômeno da globalização do direito penal e do desenvolvimento de redes de cooperação, em particular na União Europeia, dividindo-o em três dimensões: *i*) a da mobilidade dos protagonistas do facto penal; *ii*) a do estabelecimento de redes de cooperação judiciária a nível europeu; e *iii*) a da necessidade da defesa dos cidadãos face às intromissões penais plurijurisdicionais nos seus direitos. O artigo realça o diferente estádio de desenvolvimento dessas dimensões e o desequilíbrio que existe atualmente, nesta dimensão, entre a posição das autoridades e dos indivíduos visados, dando exemplos práticos como o do regime jurídico do Mandado de Detenção Europeu. Conclui salientando o papel fundamental do advogado na reposição da igualdade de armas a nível da cooperação judiciária europeia, nomeadamente através do estabelecimento de redes de cooperação entre os advogados.

Descritores: União Europeia — Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal — Mandado de Detenção Europeu — Procuradoria Europeia — Direitos Fundamentais do arguido — Direito à Assistência por Advogado — Dupla Representação (*dual defence*).

Vivemos num espaço sem fronteiras, na era da globalização, das novas tecnologias e da internet.

Viajamos no Espaço Schengen sem qualquer barreira. Esta liberdade tornou-se um dado adquirido, de tal forma que às vezes é subvalorizado.

O *maravilhoso mundo da livre circulação*, sobretudo na União Europeia, dá-nos uma liberdade de locomoção sem paralelo na história. Multiplicaram-se os programas Erasmus, a circulação de trabalhadores e prestadores de serviços, as viagens *low cost* que proporcionam agradáveis *short stays* nas capitais ou localidades de veraneio ou desportos de inverno europeus.

¹ O presente artigo foi inicialmente elaborado em fevereiro de 2013, para responder ao convite da Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, Dra. Fátima Bento, que nos solicitava a elaboração de um artigo para o Boletim da Ordem dos Advogados sobre a importância das redes de cooperação judiciária europeia. Ao correr da pena, o presente contributo acabou por exceder o que nos era pedido e, desta forma, além do contributo para o Boletim elaborámos este contributo mais alargado que agora se publica.

Que relevância jurídica tem a globalização no direito penal? E qual o papel do advogado neste mundo globalizado?

A relevância do fenómeno da globalização e a reação social e institucional ao mesmo, do ponto de vista penal e das redes de cooperação judiciária, apenas podem ser compreendidas adotando uma abordagem *cubista*: têm de ser vistas em três dimensões diferentes, quer do ponto de vista dos protagonistas, quer do seu aparecimento temporal.

A *primeira dimensão* é a da mobilidade dos protagonistas do facto penal. Aqueles que vivem do crime usufruem também do privilégio da mobilidade. E os próprios cidadãos habitualmente cumpridores da lei, ao usufruírem da mobilidade que lhes é proporcionada, facilmente — até por desconhecimento — podem cair nas *malhas* do direito penal de um outro país. Veja-se o exemplo de um cidadão alemão que transporte para Portugal um “*spray-pimenta*”: a sua posse sem licença especial para o efeito é perfeitamente legítima na República Federal da Alemanha, enquanto que em Portugal, sem a licença necessária, configura crime de porte de arma proibida.

Ou seja, a liberdade de circulação levou ao aumento exponencial do número de situações jurídico-penais com relevância transnacional. Sejam crimes, por natureza, transnacionais — como os fenómenos de cibercriminalidade, de que é exemplo o *phishing*, ou o tráfico internacional de estupefácia. Sejam crimes que eram tradicionalmente “nacionais” — ou seja, praticados em Portugal e maioritariamente por portugueses — e que passaram a ser praticados cada vez mais por cidadãos estrangeiros, quer aqui residentes, quer deslocando-se aqui apenas com o intuito de praticar tais condutas.

Esta *primeira dimensão* das redes de cooperação não é, evidentemente, judiciária. Mas é este o primeiro fenómeno a surgir. São os cidadãos que criam redes de mobilidade, de amizade, de intercâmbio científico, laboral, e, também, redes dedicadas à prática de ilícitos criminais. Esta *primeira dimensão* está em velocidade de cruzeiro — plenamente implementada e funcionando quase sem barreiras.

O seu surgimento não foi acompanhado *pari passu*, de uma forma efetiva, pela *segunda dimensão*: i.e., pelo estabelecimento de redes de cooperação judiciária a nível europeu que permitissem combater e minimizar a expansão territorial e o desenvolvimento tecnológico da criminalidade gerada pela globalização e, na Europa, pelo espaço de livre circulação.

A *segunda dimensão* surge como reação das autoridades estaduais ao desenvolvimento da primeira. No seu início, as Comunidades Europeias e o direito penal apareciam ser realidades totalmente antinómicas, pois o *ius puniendi* é, se não a mais marcante, pelo menos uma das mais marcantes qualidades da soberania nacional. A construção europeia não incorporava o direito penal. Porém, dado o desenvolvimento da *primeira dimensão*, os Estados tinham consciência de que o *ius puniendi* não podia mais ser exercido numa ilha penal e, logo desde os anos 70, encetaram cooperação internacional a este nível. Tal cooperação foi-se desenvolvendo e, no presente, ao

abrigo do Tratado de Lisboa, estão consagradas várias redes de cooperação judiciária e policial penal.

Temos, por um lado, a Rede Judiciária Europeia, que é uma rede de pontos de contacto nacionais facilitadores da cooperação entre atores judiciários e está em funcionamento desde 1998, podendo ser utilizada quer para transmissão de informações, quer para auxiliar as autoridades facilitando contactos nos pedidos de cooperação internacional.

A nível policial foi estabelecida e desenvolvida a Europol. Ao abrigo do Tratado de Lisboa, a Europol passa a poder assumir competências operacionais, muito embora em articulação e com o acordo das autoridades dos EM cujo território seja afetado, estando excluída a aplicação de medidas coercivas por parte dos agentes da Europol. Não obstante, esta possibilidade representa um alargamento claro do quadro de atuação da Europol, que até à data tem funcionado como mecanismo de centralização, tratamento e transmissão de informação. O Tratado prevê ainda a possibilidade do estabelecimento de medidas de cooperação operacional entre autoridades policiais dos EM e, inclusivamente, a possibilidade de o Conselho estabelecer as condições e limites de atuação das autoridades policiais e judiciárias dos EM no território de outros EM, em articulação com as autoridades desse Estado — atuação que poderá ser levada a cabo, por exemplo, por meio das *joint investigation teams*, ou através de vigilâncias ou perseguições transfronteiriças, ou até ações encobertas transfronteiriças.

Relativamente a outra rede de cooperação, a Eurojust, estabelecida com o Tratado de Nice, é no Tratado de Lisboa que é dado o passo no sentido de uma maior operacionalidade. A Eurojust é uma unidade de cooperação cuja finalidade é o apoio e reforço da coordenação e cooperação entre as autoridades nacionais com competência em matéria de investigação e exercício da ação penal em matéria de criminalidade grave que afete dois ou mais EM, ou que exija o exercício da ação penal em bases comuns, com base nas operações conduzidas e nas informações transmitidas pelas autoridades nacionais e pela Europol. As principais inovações do Tratado de Lisboa relativamente à Eurojust são o alargamento das suas competências à criminalidade “que exija o exercício de uma ação penal em bases comuns”, onde poderão aqui incluir-se a cibercriminalidade ou os crimes contra os interesses financeiros da UE. A consagração expressa da articulação entre a Eurojust, a Europol e as autoridades nacionais parece também abrir caminho a uma forma mais próxima e operacional de cooperação. O Tratado prevê ainda uma inovação, conferindo à Eurojust a possibilidade de abrir investigações criminais (com particular interesse no que se refere às infrações lesivas dos interesses financeiros da UE), bem como de coordenação de investigações. Finalmente, o TFUE abre caminho ao estabelecimento de um mecanismo de resolução de conflitos de jurisdição no seio da Eurojust.

Mas a maior invocação do Tratado de Lisboa é a — há muito discutida — inclusão da previsão da possibilidade de criação de uma Procuradoria Europeia (que poderá, ou não, ter por base a Eurojust). As suas competências serão:

investigar, processar e levar a julgamento, eventualmente em articulação com a Europol, os autores e os cúmplices das infrações lesivas dos interesses financeiros da União. A ação penal será exercida perante os tribunais nacionais. Além das infrações, o Regulamento de criação da Procuradoria Europeia definirá o seu estatuto, as condições em que exerce funções, as regras processuais aplicáveis no exercício da sua atividade, regras sobre a admissibilidade da prova e, ainda, regras relativas à fiscalização jurisdicional dos atos processuais por si levados a cabo. A aprovação de tais Regulamentos constituirá a primeira definição de direito processual penal autónomo da UE.

A criação de uma Procuradoria Europeia — que é uma realidade: a Comissão Europeia apresentou, em 17 de Julho de 2013, uma Proposta de Regulamento do Conselho sobre o Estabelecimento de uma Procuradoria Europeia² — coloca um vasto leque de problemas. Por um lado, questões relativas à coordenação e compatibilização da sua atividade com a Eurojust e a Europol, em particular se a Procuradoria for estabelecida por meio de cooperação reforçada. Por outro lado, pelas suas implicações ao nível do direito processual penal (e, reflexamente, do direito penal material, pois a sua criação só fará sentido conjuntamente com a criação de tipos penais europeus) coloca problemas de cariz estrutural, tais como a utilização conjugada de várias ordens jurídicas nacionais concomitantemente, pela Procuradoria Europeia, criando, quer de forma não intencional, quer até abusivamente, desequilíbrios processuais que bulirão com o equilíbrio constitucionalmente imposto entre obrigação de punição de crimes e garantia dos direitos e liberdades individuais, construído no quadro limitado do processo nacional. Além do mais, a criação da Procuradoria Europeia agrava o de si já grave desequilíbrio criado entre acusação e defesa, uma vez que, do lado desta, não existe (nem se antevê) instituição semelhante.

A *segunda dimensão* — embora não esteja ainda em velocidade de cruzeiro — tem, neste momento, as bases jurídicas para o estabelecimento de redes de cooperação tão eficazes quanto possível para fazer face à *primeira dimensão*. Só que este desenvolvimento e esta operacionalização da *segunda dimensão* levanta problemas quanto à *terceira dimensão* — a que aparece mais tarde e é, neste momento, a mais deficitária, criando graves desequilíbrios na igualdade de armas entre acusação e defesa.

O papel do advogado faz-se sentir nesta *terceira dimensão* da globalização penal (ao lado da dimensão da transnacionalização do crime e do incremento e transnacionalização da cooperação entre autoridades de prevenção e de prossecução criminal).

A *terceira dimensão* é a da necessidade de defesa dos cidadãos face às intromissões nos seus direitos resultantes, já não da ação do Estado onde

² COM (2013) 534 final, disponível em http://www.ecba.org/extdocserv/20130717_REG_EC_EPPOFinal.pdf. Cf. também a comunicação da Comissão que acompanhou a Proposta, disponível em http://www.ecba.org/extdocserv/20130717_EComm_EPPO.pdf.

residem ou de onde são nacionais, mas sim da ação concertada de vários Estados, suportada pelas redes de cooperação penal e, eventualmente, conjugada com a atuação de autoridades judiciárias e policiais supranacionais.

A consciencialização para esta dimensão começa a surgir, essencialmente, no início deste milénio. Consciencialização, mas não realização. Como sabemos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia aprovada em 2000 apenas uma década mais tarde passa a ter vinculatividade jurídica. E durante esta década, apesar dos esforços nesse sentido, o máximo que foi conseguido, através do *Roadmap* do Programa de Estocolmo, foi o reconhecimento de que a necessária aprovação de instrumentos de defesa efetiva dos cidadãos visados nos processos penais, será feita numa abordagem *step-by-step*. Só em 2010 (!) foi aprovado o primeiro instrumento jurídico consagrando direitos das pessoas visadas nos processos penais (direito à interpretação e tradução).

Esteve até há bem pouco tempo em acesa discussão um instrumento fundamental que regulará o direito mínimo dos cidadãos da União Europeia ao acesso à assistência por advogado³. Esta *terceira dimensão* está, pois, totalmente desfasada e atrasada relativamente à primeira e segunda dimensões: a Europa dos criminosos tornou-se a Europa dos polícias e está em via de tornar-se a Europa dos magistrados, mas ainda muito demorará a tornar-se a Europa dos cidadãos, onde também os visados nos processos penais tenham direito a uma defesa efetiva.

No presente há um inaceitável desequilíbrio entre a posição das autoridades de prossecução penal e os indivíduos visados. Basta ver que um procurador espanhol que queira ouvir um arguido em Portugal poderá solicitar o apoio da Eurojust ou da Rede Judiciária Europeia para o efeito, realizar uma vídeo-conferência, deslocar-se ao nosso país para o ouvir ou até, alicerçado no princípio do reconhecimento mútuo, emitir um Mandado de Detenção Europeu (MDE) para que este seja detido e transportado para Espanha para efeitos de interrogatório.

Não podemos, pois, deixar de perguntar: e o arguido? O arguido terá advogado? Em Portugal? E em Espanha? E poderá consultar o processo de cooperação em Portugal? E o processo penal em Espanha? Terá alguma palavra a dizer quanto às medidas de investigação que o visam? Diremos que certamente terá de o ter. Mas, infelizmente, a realidade não é esta.

Nesta *terceira dimensão* surge, assim, o papel fundamental do advogado. Também o advogado tem de deixar a *ilha penal* e adquirir conhecimentos linguísticos que permitam trabalhar em rede, conhecimentos jurídicos de direito europeu e conhecimentos mínimos da cultura jurídica dos outros Estados e, sobretudo, organizar-se em redes de cooperação.

³ Cujo texto final foi aprovado pelo Conselho em Junho de 2013 e, agora, pelo Parlamento Europeu, em 10.09.2013, aguardando publicação. Disponível em <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/13/st10/st10190.en13.pdf>.

No domínio dos conhecimentos linguísticos, é impensável, nos dias de hoje, que o advogado não domine, pelo menos, uma língua estrangeira, que lhe permita participar em fóruns internacionais onde possa adquirir competências sobre as matérias de direito estrangeiro, europeu e internacional, bem como criar relações de colaboração com colegas estrangeiros. Se não dominarmos uma língua estrangeira que nos permita o contacto com o cliente ou o Colega do outro país em causa, devemos recorrer a um Colega que a domine, de forma a garantirmos a defesa efetiva dos nossos clientes, tal como fazemos quando solicitamos apoio para áreas de direito interno que não dominamos. Ao mesmo tempo devemos como advogados privilegiar nas nossas opções formativas o estudo destas matérias novas — muitas delas que nem existiam quando fizemos a nossa formação base. Há iniciativas de formação a nível europeu (veja-se *EU Criminal Justice for Defence Council*⁴), bem como a nível nacional⁵.

Só estando preparado dos pontos de vista da comunicação e da formação poderá o advogado, de imediato, avaliar exaustivamente a situação jurídica do cidadão em causa e patrocinar de forma efetiva os seus interesses, tendo em conta as implicações jurídicas decorrentes da transnacionalidade da conduta criminal que lhe é imputada e da cooperação entre as autoridades de prossecução.

Os advogados têm, pois, de organizar-se, também eles, em redes de cooperação (por exemplo, a *European Criminal Bar Association*⁶) e, nesse âmbito, lutar para que sejam consagradas soluções jurídicas internamente e a nível da União Europeia que garantam que os cidadãos não verão os seus direitos diminuídos face à atuação das redes de cooperação judiciária e da prossecução transnacional. Sobretudo o direito fundamental de acesso ao patrocínio judiciário, que deve ser garantido a qualquer cidadão independentemente da sua condição económica — e, agora, do país ou países envolvidos no processo contra si movido. O atual panorama jurídico não garante, minimamente, este direito aos cidadãos. Embora em Portugal o nosso sistema de apoio judiciário englobe a matéria civil e a criminal, tal não sucede a nível transfronteiriço. A Diretiva 2003/8/CE não abrange o apoio judiciário para litígios transfronteiriços em matéria penal (cf. artigo 1.º, n.º 2), nem o podia fazer pois foi aprovada no âmbito das competências da UE em matéria civil e não abrange as matérias penais. O diploma interno que a transpõe refere expressamente a não inclusão dos

⁴ <http://www.ecba.org/extdocserv/conferences/Defenceseries2BrochureEN.pdf>

⁵ Por exemplo, o I Curso Avançado sobre Cooperação Judiciária Internacional e Europeia em Matéria Penal, que juntou profissionais forenses de várias áreas (<http://www.idpcc.pt/cursos/pos-graduacao/I-Curso-Avançado-sobre-Cooperacao-Judiciaria-Internacional-e-Europeia-em-Materia-Penal/130/>) e a formação ministrada na OA sobre Prática Forense — Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal(http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=8351&idsc=21852&ida=78927)

⁶ www.ecba.org

processos de natureza penal (cf. próemio e artigo 5.º, n.º 2, do DL 71/2005, de 17.03).

Para que as redes de advogados funcionem não basta a iniciativa dos próprios advogados. É também essencial que, à semelhança das redes de cooperação policial e judiciária em matéria penal, aquelas redes tenham o devido apoio dos Estados e da UE. Pois sem as redes de advogados não é possível estabelecer a igualdade de armas. E porque a intervenção dos advogados dos vários Estados envolvidos contribui para melhorar o andamento do processo e a realização da justiça penal — o que já foi evidenciado em estudos empíricos onde se revelou que o contacto entre Estados permite inúmeras vezes resolver de forma expedita e mais satisfatória os processos de cooperação⁷.

Infelizmente, esse apoio dos Estados e da UE nem sempre existe. Exemplo flagrante é o da já mencionada Diretiva sobre o direito de acesso a um advogado em processos penais. Esta propõe a possibilidade de um cidadão detido com base num MDE ter direito a beneficiar da assistência de advogado não só no Estado de execução, mas também no de emissão. Sem esta dificilmente pode o advogado do Estado de execução defender de forma efetiva a posição do seu cliente. Com efeito, atualmente, nos processos do MDE, por natureza transnacionais, não é garantido sequer em qualquer Estado de execução o direito a ser assistido por advogado (e como tal, também não existe apoio judiciário para pagamento dos custos envolvidos). Um dos exemplos é a Alemanha, em que não é obrigatória a assistência por advogado quando este país é Estado de execução. Ao mesmo tempo, nenhum instrumento europeu garante o direito a beneficiar de advogado, em tempo útil (ou seja, antes de decidida a entrega) no Estado que emitiu o MDE. Ou seja, se durante a fase de inquérito um procurador português emitir um MDE para que seja entregue um cidadão que se encontra na Alemanha, este poderá ser entregue a Portugal pelas autoridades alemãs sem ter podido beneficiar da assistência por advogado na Alemanha, nem em Portugal, onde apenas lhe será nomeado advogado quando for presente ao Juiz de instrução para primeiro interrogatório — mas aí já está decidida e executada a questão da entrega! Evidentemente, se possuir meios financeiros para tal, poderá o indivíduo contratar a título privado advogado na Alemanha e em Portugal durante o processo do MDE. Mas se os não tiver, em particular para contratar dois advogados — como sucede com a esmagadora maioria dos casos — não poderá exercer os seus direitos no processo do MDE atempadamente e de forma efetiva.

A Comissão Europeia e o Parlamento Europeu eram favoráveis à consagração deste direito mínimo, de assistência nos Estados de execução e de emissão do MDE, mas existiam Estados-Membros que ao mesmo se opunham frontalmente. Não podemos deixar de dizer claramente que este tipo de

⁷ http://www.ecba.org/extdocserv/projects/EAW/JUSTICE_EAW.pdf

posição é inaceitável e impede o desenvolvimento da *terceira dimensão*, da Europa dos cidadãos. E que cabe aos advogados agir no sentido de pressionar os Legisladores e os Executivos a tomarem a opção que se impõe que é a da defesa do cidadão⁸.

Texto escrito conforme o Acordo Ortográfico — convertido pelo Lince.

⁸ Neste sentido, por exemplo, a *European Criminal Bar Association* publicou já duas tomadas de posição que podem ser usadas também a nível interno por qualquer advogado (cf. http://www.ecba.org/extdocserv/projects/ps/20120621_ECBAMeasureC.pdf).