

A satellite map of Europe and surrounding regions, including parts of North Africa, the Middle East, and Iceland. The map shows landmasses in green and brown, and the surrounding oceans in blue. The title text is overlaid on the map.

# **OS NOVOS DESAFIOS DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E POLICIAL NA UNIÃO EUROPEIA E DA IMPLEMENTAÇÃO DA PROCURADORIA EUROPEIA**

**Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos  
Escola de Direito da Universidade do Minho**

**2017**

Os novos desafios da cooperação judiciária e policial  
na União Europeia e da implementação da  
Procuradoria Europeia

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos

Escola de Direito da Universidade do Minho

2017

---

## FICHA TÉCNICA

### **Título**

*Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia*

### **Coordenação Científica**

Margarida Santos

Mário Ferreira Monte

Fernando Conde Monteiro

### **Organização**

Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos

Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Sindicato dos Magistrados do Ministério Público

### **Autores**

Alessandra Silveira

Anabela Miranda Rodrigues

Angelo Marletta

António Cluny

Chloé Brière

Joana Abreu

José P. Ribeiro de Albuquerque

Luís Lemos Triunfante

Margarida Santos

Pedro Caeiro

Peter Csonka

### **Local e Data**

Braga, dezembro de 2017

### **Edição**

Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar

Escola de Direito da Universidade do Minho

Campus de Gualtar

**ISBN 978-989-97492-8-3**

---

## ÍNDICE

**Nota prévia ..... - 7 -**

**Previous note ..... - 9 -**

### **Direito Penal Europeu pós-lisboa – um Direito Penal funcionalista?**

**Anabela Miranda Rodrigues ..... - 13 -**

### **Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão)**

**Pedro Caeiro ..... - 37 -**

### **Percorrendo os circuitos da federalização judiciária: inquietações e expetativas sobre direitos fundamentais e reenvio prejudicial diante do hibridismo da Procuradoria Europeia**

**Alessandra Silveira/Joana Abreu..... - 47 -**

**General presentation of the proposal and main issues: the state of negotiations, solutions reached and main issues to be resolved**

Peter Csonka ..... - 71 -

**The material competence of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) and the PIF directive**

Angelo Marletta ..... - 77 -

**Procedural issues under EPPO's legislative framework**

Chloé Brière ..... - 99 -

**EPPO – building federal? A instituição da Procuradoria Europeia e os estatutos dos Ministérios Públicos dos EM da UE: parâmetros mínimos de independência.**

José P. Ribeiro de Albuquerque ..... - 137 -

**O controlo judiciário dos atos processuais e decisões da Procuradoria Europeia. Uma arquitetura disruptiva e resiliente?**

Luís Lemos Triunfante ..... - 175 -

**O projecto de regulamento da Eurojust (6643/15- ce, de 27/2/2105) à luz da mais recente evolução do processo de instituição da Procuradoria Europeia**

António Cluny ..... - 205 -

**Conclusões - a Procuradoria Europeia e a futura arquitetura para a justiça criminal na União Europeia: questões emergentes**

Margarida Santos ..... - 221 -

**ANEXOS**

**REGULAMENTO (UE) 2017/1939 DO CONSELHO de 12 de outubro de 2017 que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia .... - 231 -**

**DIRETIVA (UE) 2017/1371 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 5 de julho de 2017 relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal ..... - 331 -**

# PERCORRENDO OS CIRCUITOS DA FEDERALIZAÇÃO JUDICIÁRIA: INQUIETAÇÕES E EXPETATIVAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E REENVIO PREJUDICIAL DIANTE DO HIBRIDISMO DA PROCURADORIA EUROPEIA

*Alessandra Silveira\**

*Joana Abreu\*\**

## **1. Enunciando inquietações jusfundamentais e jurisdicionais**

A criação da Procuradoria Europeia representa uma nova fase no circuito da federalização<sup>1</sup> judiciária que vimos gradativamente a percorrer no âmbito da integração europeia. No sistema federativo que se está a construir há mais de 60 anos, o direito da integração é aplicado nos distintos Estados-Membros pelas próprias autoridades nacionais, a fim de que sejam elas a zelar e a responsabilizar-se pela correta aplicação das normas europeias. Ou seja, diferentemente do que ocorre nos Estados federais da atualidade, a União Europeia (UE) não dispõe de um aparelho administrativo e judicial difuso nos distintos Estados-Membros, nem existe a possibilidade de recurso das decisões dos tribunais nacionais para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Eis uma particularidade de um sistema federativo que não é nem pretende converter-se num Estado federal, pois está em condições de oferecer ao mundo uma nova forma de organização do poder político – de resto, bastante mais sofisticada que aquela da estadualidade soberana e hierárquica própria da modernidade constitucional do séc. XVIII.

---

\* Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho

\*\* Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

<sup>1</sup> A «federalização» do sistema europeu vem sendo feita há 60 anos, desde que a declaração Schuman de 9 de maio de 1950 iniciou a construção de uma União de base federativa com específica referência à expressão «federação europeia». O termo foi amplamente empregue por Francisco Lucas Pires. Cfr. *A revolução europeia por Francisco Lucas Pires – antologia de textos*, Publicação do Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu, maio/2008, p. 57, onde se lê: «É nesta lógica que falo de federalização, sem Estado federal».



De qualquer forma, com a instituição da Procuradoria Europeia nada será como dantes – basta passar em revista algumas das soluções aventadas pela Proposta de Regulamento<sup>2</sup> que a disciplina para o constatar sem esforço ou pena. Por isso importa compreender em que medida se está, nessa matéria, a avançar no sentido de uma «federalização sem Estado federal» de que falava Lucas Pires.<sup>3</sup> Como ensinava o saudoso Professor de Coimbra, na União Europeia os modelos de autoridade hierárquica e de normação piramidal cedem lugar a estruturas e processos de interação, coordenação e cooperação. A própria identificação da União Europeia como um sistema federativo ou federação «reporta-se a um modo, mais do que a uma especificação morfológicamente pura». A federalização far-se-á sempre «mais através da organização de um espaço de civilização do que na perseguição de um definido projecto de convergência normativa, esperançado na geração de um “outrem” estadual». De resto, como explicava Carl Friedrich e a sua teoria do *federalising process*, o federalismo não deve ser considerado como um modelo estático ou um termo fixo e preciso de divisão de poderes entre as autoridades central e periféricas. Há-de ser entendido como um processo de federalização de uma comunidade política.

Com a criação da Procuradoria Europeia, os cidadãos europeus passam a conviver, nos distintos Estados-Membros, com autoridades nacionais e com autoridades europeias – pelo menos, e à partida, para os fins da prossecução da ação penal no âmbito das infrações lesivas dos interesses financeiros da União [podendo alargar-se aos crimes graves de dimensão transfronteiriça mediante uma decisão unânime do Conselho Europeu nos termos do art. 86.º, n.º 4, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)]. Mas os membros da Procuradoria Europeia (Procuradores Europeus Delegados) serão membros ativos dos serviços do Ministério Público (MP) do seu Estado-Membro, aos quais serão concedidos poderes de investigação e ação penal em condições de independência. Quando investigarem e instaurarem ações penais no âmbito da competência da Procuradoria, deverão i) atuar no

---

<sup>2</sup> Para a redação desta reflexão, as Autoras utilizaram a versão portuguesa da Proposta de Regulamento, do Conselho, que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia, de 30 de junho de 2017, n.º 9941/17, disponível em <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9941-2017-INIT/pt/pdf> [9/9/2017].

<sup>3</sup> Sobre o tema cfr. José Luís da Cruz Vilaça/Alessandra Silveira, “The European federalisation process and the dynamics of fundamental rights”, in Dimitry Kochenov (ed.), *EU citizenship and federalism – the role of rights*, (Cambridge University Press, 2017), 125-145.



interesse da União no seu conjunto, *ii*) agir exclusivamente em representação e em nome da Procuradoria no território do respetivo Estado-Membro, *iii*) eximir-se de pedir ou receber instruções de qualquer pessoa estranha à Procuradoria Europeia.

Assim, a Procuradoria Europeia estará firmemente integrada nas estruturas jurídicas nacionais, pois atuará em processos nos quais a maior parte dos intervenientes serão nacionais, como os tribunais, os órgãos de polícia criminal e outras autoridades administrativas – mas será, simultaneamente, um órgão europeu. O processo de nomeação dos Procuradores Europeus Delegados deverá garantir que integram a Procuradoria Europeia e se mantêm operacionalmente nas estruturas do MP nacional, podendo também exercer funções de procuradores nacionais. De qualquer forma, os Procuradores Europeus Delegados deverão ser obrigados a seguir as instruções emanadas da Procuradoria Europeia – e se porventura entenderem que essas instruções os obrigam a tomar medidas contrárias ao direito nacional, deverão solicitar a revisão da decisão pelo Procurador-Geral Europeu. Assim, dado que a Procuradoria Europeia deverá instaurar ações penais perante os tribunais nacionais, a sua competência deverá ser definida tomando por referência o direito penal dos Estados-Membros – que criminaliza atos ou omissões lesivos dos interesses financeiros da União e determina as sanções aplicáveis transpondo a legislação pertinente da União para as ordens jurídicas nacionais.

De qualquer forma, a competência da Procuradoria Europeia relativamente às infrações lesivas dos interesses financeiros da União deverá, regra geral, prevalecer sobre as reivindicações nacionais de competência, de modo a que possa garantir a coerência e a direção das investigações e ações penais ao nível da União. As autoridades dos Estados-Membros deverão informar (prontamente) a Procuradoria Europeia de qualquer conduta suscetível de constituir uma infração que releve da sua competência, bem como abster-se de qualquer medida, salvo em caso de urgência, até que a Procuradoria decida proceder a uma investigação – que, de resto, poderá exigir um alargamento a outras infrações ao abrigo do direito nacional, nos casos em que estejam indissociavelmente ligadas. A noção de infrações instrumentais deverá abranger, em particular, aquelas que tenham sido cometidas com a principal finalidade de criar as condições lesivas dos interesses financeiros da União, tais

como as estritamente destinadas a garantir os meios materiais e legais da infração ou a assegurar o lucro ou o produto da mesma.

O Regulamento exige que a Procuradoria Europeia respeite os direitos fundamentais e observe os princípios reconhecidos pelo art. 6.º do Tratado da União Europeia (TUE) e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), nomeadamente no Título VI (Justiça), pelo direito internacional e pelos acordos internacionais em que a União ou todos os Estados-Membros são partes, incluindo a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), e pelas constituições dos Estados-Membros nos respetivos âmbitos de aplicação (ver ponto 2 deste texto). O Regulamento exorta a Procuradoria Europeia a respeitar, em especial, o direito a um tribunal imparcial, os direitos de defesa e a presunção de inocência, conforme consagrados nos arts. 47.º e 48.º da CDFUE. De acordo com os referidos princípios, e no respeito pelos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros, nos termos do art. 67.º, n.º 1, TFUE, nenhuma disposição do Regulamento pode ser interpretada de modo a impedir que os tribunais apliquem os princípios fundamentais do direito nacional em matéria de equidade do processo conforme aplicáveis nos sistemas nacionais, nomeadamente nos sistemas de direito consuetudinário (*common law*).

Como alertámos, poucos parágrafos bastam para antecipar a envergadura da empresa e das dificuldades que se avizinham. Trata-se, por certo, de uma espécie de órgão híbrido absolutamente inédito na estrutura europeia. Por isso importa escrutinar as condições institucionais indispensáveis *i)* ao funcionamento da Procuradoria Europeia e *ii)* ao seu controlo (político e judiciário) à luz dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica europeia. Ora, quanto mais se diluem as fronteiras entre as competências nacionais e europeias, mais difícil se torna definir o padrão de jusfundamentalidade aplicável ao caso concreto. Nos termos da repartição de competências patente no art. 51.º, n.º 1, CDFUE, o âmbito de aplicação da Carta depende de que se esteja a aplicar o direito da União (ou seja, no âmbito de aplicação do direito da União, o padrão de jusfundamentalidade aplicável é o da União; mas fora do âmbito de aplicação do direito da União, o padrão de jusfundamentalidade aplicável será o da Constituição nacional). Assim, para aplicar o padrão de jusfundamentalidade decorrente da CDFUE temos de saber, à partida, se o direito da

União releva ou não para a solução do caso *sub judice*. Ora, se já não era propriamente fácil desvendar o “enigma da Esfinge” do âmbito de aplicação da CDFUE na ausência do hibridismo da Procuradoria Europeia, com ela tudo se torna mais complexo e sofisticado – é o direito da UE no seu melhor.

Ademais, o artigo 86.º, n.º 3, TFUE permite ao legislador da União determinar as regras aplicáveis à fiscalização jurisdicional dos atos processuais adotados pela Procuradoria Europeia no exercício das suas funções. Esta competência conferida ao legislador da União reflete a natureza específica das funções e da estrutura da Procuradoria Europeia, que é diferente de todos os outros órgãos e organismos da União e requer normas especiais relativas à fiscalização jurisdicional. Nesta medida, o Regulamento introduz soluções inéditas de fiscalização jurisdicional cujas consequências no contencioso da União são ainda imprevisíveis na sua globalidade, nomeadamente em sede de reenvio prejudicial. Ora, nos termos do artigo 86.º, n.º 2, TFUE a Procuradoria Europeia exerce as suas funções perante os tribunais competentes dos Estados-Membros. Os atos praticados pela Procuradoria Europeia no decurso das suas investigações estão estreitamente relacionados com a ação penal que deles possa resultar e têm efeitos na ordem jurídica dos Estados-Membros. Em muitos casos, esses atos serão praticados por autoridades nacionais responsáveis pela aplicação coerciva da lei agindo segundo as instruções da Procuradoria Europeia, por vezes após terem obtido autorização de um tribunal nacional.

Por isso o Regulamento prevê que os atos processuais da Procuradoria Europeia (ou a ausência deles, quando a isso estava obrigada) que se destinem a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros sejam reapreciados pelos tribunais nacionais competentes de acordo com os requisitos e formalidades previstos no direito nacional (art. 42.º, n.º 1). Todavia, em derrogação desta norma, as decisões da Procuradoria Europeia de arquivar um processo, na medida em que sejam diretamente impugnadas com base no direito da União, são objeto de fiscalização pelo Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE (art. 42.º, n.º 3).

De qualquer forma, quando os tribunais nacionais fiscalizarem a validade de tais atos processuais, podem fazê-lo com base no direito da União, incluindo o Regulamento que disciplina a Procuradoria Europeia, e com base igualmente no direito nacional aplicável se a

matéria em causa não estiver contemplada no Regulamento. Nesta medida, o Regulamento prevê a possibilidade de apreciação da validade, em sede de reenvio prejudicial, de atos processuais praticados pela Procuradoria Europeia com base no direito da União (art. 42.º, n.º 2, a). Ora, o reenvio prejudicial desde sempre serviu para apreciar a validade de atos jurídicos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União (designadamente os atos juridicamente vinculativos previstos no art. 288.º TFUE – regulamentos, diretivas, decisões), não propriamente atos processuais produzidos por um órgão híbrido como será a Procuradoria Europeia – daí a nossa expectativa em relação aos desenvolvimentos desta novidade.

Acresce que, segundo a Proposta de Regulamento, os tribunais nacionais ficam impedidos de submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais sobre a validade dos atos processuais da Procuradoria Europeia no que respeita ao direito processual nacional ou a medidas nacionais de transposição de diretivas, mesmo que o Regulamento para eles remeta (considerando 88, 3.º parágrafo). Isto pode ser problemático porque no momento da transposição para o direito interno não há propriamente uma autonomização em relação ao direito da União – ou seja, uma disposição nacional que transpõe uma disposição europeia é direito da União transposto, devendo ser interpretado e aplicado nos termos definidos pelo direito da União.

De qualquer forma, e diante do exposto, nos pontos seguintes tentaremos aferir se as inquietações entretanto enunciadas seriam mitigáveis no âmbito do processo de federalização judiciária no qual se inserem, perspetivando em que medida o hibridismo da Procuradoria Europeia é porventura capaz de potenciar a proteção dos direitos fundamentais na UE e a atualização dos seus mecanismos jurisdicionais.

## **2. Projetando expectativas em relação aos direitos fundamentais**

Nos termos do art. 51.º CDFUE as disposições da Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União. Os Estados-Membros também estão vinculados

pelas disposições da Carta, mas «apenas quando apliquem o direito da União».<sup>4</sup> Nesta medida, o art. 51.º equaciona uma questão recorrente da teoria da organização jurídica dos sistemas federativos que é aquela da relação intrínseca entre exercício de competências e proteção de direitos fundamentais. Não é por outra razão que a entrada em vigor do catálogo de direitos fundamentais da União (CDFUE) foi acompanhada da entrada em vigor de um catálogo de competências da UE nos tratados constitutivos (arts. 2.º a 6.º TFUE). Assim, desde a entrada em vigor da CDFUE o principal problema que se coloca aos tribunais funcionalmente europeus é, precisamente, o de encontrar o padrão de jusfundamentalidade aplicável ao caso concreto – pois tal padrão até pode ser o da sua Constituição nacional, caso seja considerado o nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais de entre os vários mobilizáveis para o efeito (art. 53.º CDFUE). Aqui o reenvio prejudicial (art. 267.º TFUE) revela-se indispensável para a determinação do conteúdo normativo aplicável num contexto de interconstitucionalidade.

Ora, como vimos, o Regulamento que disciplina a Procuradoria Europeia exige que esta respeite os direitos fundamentais resultantes da CDFUE, bem como aqueles resultantes das constituições dos Estados-Membros nos respetivos âmbitos de aplicação. Assim, quando a Procuradoria Europeia estiver a atuar no âmbito de aplicação do direito nacional, terá de respeitar o padrão de jusfundamentalidade interno, resultante da Constituição do respetivo Estado-Membro. Mas quando a Procuradoria estiver a atuar no âmbito de aplicação do direito da União, terá de respeitar o padrão de jusfundamentalidade resultante da CDFUE. Aquilo que à partida pode parecer problemático e porventura esquizofrénico não o será se acompanharmos a evolução da jurisprudência do TJUE a propósito do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais na UE – tendente a atenuar, sempre que possível, a rigidez daquela relação intrínseca entre competências e direitos fundamentais.<sup>5</sup> Nesta medida, o hibridismo da Procuradoria Europeia pode potenciar a prossecução do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais de uma forma ainda não testada – pois obriga um órgão europeu

---

<sup>4</sup> Sobre o tema cfr. Alessandra Silveira, “Comentário ao artigo 51.º”, in Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (Almedina, Coimbra, 2013).

<sup>5</sup> Sobre o tema cfr. Alessandra Silveira, “Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? – eis a questão!”, in *Julgar (Revista da Associação Sindical dos Juizes Portugueses)*, n.º 22, Jan-Abril/2014.

a respeitar não apenas a identidade constitucional do Estado-Membro mas as disposições concretas da sua Constituição. E isto sem extinguir a convivência de vários *standards* de proteção de direitos fundamentais (o da UE, dos seus 28 Estados-Membros e o da CEDH) que corresponde à mais-valia do sistema jusfundamental da União quando comparado com o existente nos Estados federais da atualidade.

Assim, o TJUE tem entendido que *i*) os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica da União são aplicáveis em todas as situações reguladas pelo direito da União,<sup>6</sup> e *ii*) a aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta.<sup>7</sup> Logo, desde que a UE tenha competências num dado domínio, o padrão de jusfundamentalidade aplicável às situações concretas será o da CDFUE – mas se assim não for, o *standard* a aplicar será o da Constituição nacional. Todavia, se estivermos atentos à evolução da jurisprudência do TJUE constataremos que as competências da União são apenas o ponto de partida para se aferir do âmbito de aplicação da CDFUE, pois o âmbito de aplicação do direito da União pode ser mais ou menos amplo do que aquele que decorre das suas competências, seja porque *i*) apesar de a União ser competente numa dada matéria, as disposições do direito da União aplicáveis não impõem aos Estados-Membros uma obrigação específica relativamente à situação no processo principal<sup>8</sup> – e, neste caso, a situação não recai no âmbito de aplicação do direito da União e, consequentemente, a CDFUE não lhe é aplicável, ou porque *ii*) o âmbito de aplicação do direito da União também integra as competências dos Estados-Membros cujo exercício porventura obstaculize/comprometa o exercício das competências da UE<sup>9</sup> – e, neste caso, a situação recai no âmbito de aplicação do direito da União e consequentemente a CDFUE lhe é aplicável. Por isso o critério determinante para a definição do âmbito de aplicação do direito da União (que é relevante para a invocação/aplicação do padrão de jusfundamentalidade resultante da CDFUE) é o da intensidade da ligação entre a situação jurídica em análise e o direito da União.

---

<sup>6</sup> Acórdão *Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-617/10, considerando 19.

<sup>7</sup> Acórdão *Fransson*, considerando 21.

<sup>8</sup> Acórdão *Siragusa*, de 6 de março de 2014, Processo C-206/13, considerando 26.

<sup>9</sup> Acórdão *Rottmann*, de 2 de março de 2010, Processo C-135/08, considerandos 41-42.

Resumindo: *i*) a CDFUE só é aplicável se for aplicável o direito da União, *ii*) por isso as competências da UE constituem o ponto de partida para se aferir da aplicabilidade do direito da União e, conseqüentemente, da Carta, *iii*) mas, em última análise, o que é determinante para a aplicação da CDFUE aos casos concretos é a intensidade da ligação entre a situação jurídica em causa e o direito da União Europeia relevante para a solução do caso. Por isso uma leitura atualizada da jurisprudência do TJUE sugere que a vinculação dos Estados-Membros às disposições da CDFUE depende não apenas do nexo de ligação da situação concreta com o direito da União, mas sobretudo da imposição de obrigações aos Estados-Membros pelas disposições do direito da União aplicáveis ao caso concreto.

O TJUE tem procurado esclarecer que o objetivo da proteção dos direitos fundamentais no direito da União é «zelar por que tais direitos não sejam violados nos domínios de atividade da União, seja em razão da ação da União ou em razão da aplicação do direito da União pelos Estados Membros».<sup>10</sup> No entendimento do TJUE, a prossecução deste objetivo justifica-se pela necessidade de «evitar que uma proteção dos direitos fundamentais suscetível de variar consoante o direito nacional em causa prejudique a unidade, o primado e efetividade do direito da União».<sup>11</sup> O TJUE estabelece, portanto, uma nítida conexão entre a proteção dos direitos fundamentais – tal como a CDFUE os contempla – e o imperativo de efetividade do direito da União. Está aqui patente a ideia de que as dissonâncias na proteção dos direitos fundamentais nos distintos Estados-Membros poderiam comprometer a igualdade jurídica dos cidadãos europeus – e, em última análise, a própria sobrevivência de uma União que se pretende de direito.

Nesta medida, o TJUE tem aplicado, no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, a conhecida fórmula do mercado interno patente no acórdão *Dassonville*,<sup>12</sup> qual seja, qualquer medida nacional suscetível de comprometer o comércio intracomunitário produz um efeito equivalente às restrições quantitativas e é, por isso, proibida. Desta forma, seja no mercado interno ou no âmbito de aplicação da CDFUE, o TJUE vai estabelecendo *links* com o direito da União a partir da efetividade dos direitos em causa. Não estando em causa a efetividade do direito da União (ou seja, a garantia do efeito útil das disposições europeias), então

---

<sup>10</sup> Acórdão *Siragusa*, de 6 de março de 2014, Processo C-206/13, considerando 31.

<sup>11</sup> Acórdão *Siragusa*, considerando 31.

<sup>12</sup> Acórdão *Dassonville*, de 11 de julho de 1974, Processo 8/74.



entrariam em cena outros critérios e o TJUE seria bastante mais condescendente com a aplicação do padrão de jusfundamentalidade nacional pelos Estados-Membros no âmbito de aplicação do direito da União.

Por isso, no acórdão *Melloni*, o TJUE interpretou o art. 53.º CDFUE (princípio do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais) no sentido de que, quando um ato do direito da União Europeia exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais (ou seja, a sua Constituição), desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo TJUE, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.<sup>13</sup>

Ora, ao admitir que os Estados-Membros podem valer-se do seu próprio padrão de constitucionalidade quando estejam a aplicar o direito da União (desde que isto não comprometa o nível de proteção previsto na CDFUE tal como o TJUE a interpreta), o Tribunal de Justiça confere ao art. 53.º CDFUE uma interpretação amigável da interatividade entre ordens jurídicas para a proteção de direitos fundamentais, pois reconhece operatividade metódica ao *standard* mais elevado que porventura decorra da Constituição nacional. Deve ser assim porque, num sistema de pluralismo constitucional, as ordens jurídicas não podem ignorar-se umas às outras e decidir, unilateralmente, sobre dimensões materiais que a todas afetam. É possível que a imbricação de ordens jurídicas (europeia e nacional) que o hibridismo da Procuradoria Europeia implica possa promover a desejada convergência de posições. Aqui são úteis os apelos à flexibilidade do perfil conflitual da identidade constitucional nacional, na sua tensão com a identidade constitucional europeia, a fim de evitar que se gerem conflitos artificiais entre o ordenamento jurídico interno e o europeu, fundados num entendimento rígido do conceito de identidade constitucional.<sup>14</sup>

É que, como revela a recente saga *Taricco*<sup>15</sup> pendente no TJUE, na ausência de harmonização legislativa sobre domínios aparentemente inócuos como prazos de prescrição penal, o

---

<sup>13</sup> Acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-399/11, considerando 60.

<sup>14</sup> Francisco Balaguer Callejón, “A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu”, in *UNIO - EU Law Journal*. vol. 3, n.º 1, 2017, pp. 10-24 ([www.unio.cedu.direito.uminho.pt](http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt)).

<sup>15</sup> Acórdão *Taricco*, de 8 de setembro de 2015, Processo C-105/14.

princípio da legalidade dos delitos e das penas pode converter-se no tendão de Aquiles da Procuradoria Europeia. Basta que o regime nacional de prescrição das infrações penais revista natureza substantiva (e não processual) e lhe seja aplicável o princípio da legalidade em matéria penal – como acontece no caso italiano. Como é conhecido, em setembro de 2015 o TJUE detalhou, no acórdão *Taricco*, o alcance das obrigações dos Estados-Membros no combate à fraude fiscal lesiva dos interesses financeiros da União. Todavia, a compatibilidade da solução aí fixada foi questionada à luz de um princípio supremo da ordem jurídico-constitucional de um Estado-Membro – no caso, o princípio da legalidade dos delitos e das penas, cuja desconsideração seria suscetível de vulnerar a identidade constitucional da República Italiana. Por isso o TJUE foi chamado a esclarecer a interpretação do art. 325.º TFUE firmada em *Taricco* – o que dará origem ao acórdão *M.A.S. e M.B.*<sup>16</sup>

O caso *Taricco* pôs em cena o regime italiano de prescrição de infrações penais e a particular interpretação que o princípio da legalidade em matéria penal conhece na ordem jurídico-constitucional italiana. O pedido de decisão prejudicial na origem da prolação do acórdão *Taricco* fora apresentado ao TJUE no âmbito de um processo penal instaurado contra sete arguidos acusados de terem formado e organizado uma associação com o fim de cometer diversos crimes em matéria de IVA. O regime italiano de prescrição de infrações penais era tal que, dada a complexidade e a duração dos processos penais, os arguidos acusados de crimes em matéria de IVA que constituíssem fraude grave lesiva dos interesses financeiros da União eram suscetíveis de beneficiar de uma impunidade de facto devido à expiração dos prazos de prescrição, o que em Itália sucedia «não (como) um caso excecional, mas a norma».<sup>17</sup> Por isso o TJUE considerou incompatível com o direito da União, em especial com o disposto no art. 325.º, n.º 1, TFUE, a aplicação de um regime nacional de prescrição de infrações penais que produza o «efeito, num número considerável de casos, de os factos constitutivos de fraude grave não virem a ser punidos penalmente, na medida em que esses factos estão, geralmente, prescritos antes de a sanção penal prevista na lei poder ser aplicada por uma decisão judicial transitada em julgado».

---

<sup>16</sup> Processo C-42/17.

<sup>17</sup> Acórdão *Taricco*, de 8 de setembro de 2015, Processo C-105/14, considerando 24.

Assim, na origem da contenda pendente no TJUE no caso *M.A.S. e M.B.* está a interpretação fixada no acórdão *Taricco* do art. 325.º TFUE. O Tribunal Constitucional Italiano considera que a obrigação estabelecida, pelo TJUE, no acórdão *Taricco* compele os juízes penais italianos a aplicar às infrações cometidas anteriormente à publicação daquele acórdão (e que ainda não tenham prescrito) prazos de prescrição mais largos do que os que estavam inicialmente previstos no dia em que as mesmas foram cometidas. Na medida em que considera que a Constituição Italiana garante um nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais em causa (do que aquele que seria reconhecido pelo direito da União nessa matéria), o Tribunal Constitucional Italiano sustenta que os arts. 4.º, n.º 3, TUE (identidade constitucional) e 53.º CDFUE (nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais) permitem aos tribunais italianos opor-se à execução da obrigação estabelecida pelo TJUE no acórdão *Taricco*.

A divergência jurisprudencial reside no facto de que, à luz do direito da União, a retroatividade em causa não provoca celeuma. Amparado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o TJUE entendeu, no acórdão *Taricco*, que a desaplicação das disposições italianas relativas aos prazos de prescrição penal não acarreta a violação dos direitos dos arguidos garantidos pelo art. 49.º CDFUE (relativo aos princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas).<sup>18</sup> No entendimento do TJUE, daquela desaplicação não resulta qualquer condenação dos arguidos por uma ação ou omissão que, no momento da sua prática, não constituía uma infração punida penalmente pelo direito nacional, nem a aplicação de uma sanção que, nesse mesmo momento, não estivesse legalmente prevista. Pelo contrário, os factos imputados aos arguidos no processo principal eram, à data da sua prática, constitutivos da mesma infração e passíveis das mesmas sanções penais que as previstas atualmente.

Apesar que questionarmos o cerne da argumentação do Tribunal Constitucional Italiano no que tange à identidade constitucional e ao nível de proteção mais elevado,<sup>19</sup> julgamos que

---

<sup>18</sup> Sobre o princípio da legalidade dos delitos e das penas cfr. Mário Monte/Pedro Freitas/Margarida Santos, “Comentário ao artigo 49.º”, in Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (Almedina, Coimbra, 2013).

<sup>19</sup> Alessandra Silveira/Sophie Perez Fernandes, “A saga *Taricco* continua: entre identidade constitucional do Estado-Membro e nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais – onde fica a efetividade do

tem razão quando chama a atenção do TJUE para o facto de que, para além da dimensão da não retroatividade, o princípio da legalidade das penas patente no art. 49.º CDFUE também exige que a norma punitiva seja suficientemente determinada – uma exigência comum às tradições constitucionais dos Estados-Membros acolhida como um princípio geral do direito da União. Ainda que o TJUE tenha precisado, a partir do art. 325.º TFUE, uma obrigação de resultado clara e incondicionada, omitiu-se de indicar, de forma suficientemente pormenorizada, o percurso que o juiz penal deve seguir para atingir tal escopo. Eis uma janela de oportunidades para o “diálogo de juiz a juiz” que não deve ser desperdiçada na solução deste caso.

Porventura para acautelar futuros dissabores, o Regulamento que disciplina a Procuradoria Europeia prevê que, para garantir a segurança jurídica e combater eficazmente as infrações lesivas dos interesses financeiros da União, as atividades de investigação e de ação penal da Procuradoria Europeia deverão pautar-se pelo princípio da legalidade, ao abrigo do qual a Procuradoria Europeia aplicará as regras estabelecidas no Regulamento relativas, nomeadamente, à competência e ao seu exercício, à abertura de investigações, ao encerramento de investigações, ao reenvio de processos, ao arquivamento de processos e aos procedimentos penais simplificados. É um bom sinal de abertura da ordem jurídica europeia que deve ser tido em conta.

### **3. Projetando expetativas em relação ao funcionamento do reenvio prejudicial**

A Proposta de Regulamento relativa à criação de uma Procuradoria Europeia estabelece um regime que vai impactar no objeto e no funcionamento dos mecanismos jurisdicionais europeus, nomeadamente no que diz respeito à natureza e ao objeto do reenvio prejudicial. Nesta senda, cabe-nos analisar o regime proposto a fim de aferir em que medida poderá colher e quais as repercussões na base teórica e na prática em que assenta atualmente aquele mecanismo jurisdicional. Do mesmo modo, enunciaremos de que forma as inquietações

detetadas poderão ser equacionadas, sem que tal acarrete um comprometimento da figura e do próprio funcionamento que se antevê para a Procuradoria Europeia.

Deste modo, o art. 42.º, n.º 2, a) da Proposta de Regulamento determina que «[n]os termos do art. 267.º do TFUE, o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) sobre a *validade dos atos processuais da Procuradoria Europeia*, na medida em que uma tal questão de validade seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros diretamente com base no direito da União» (*ênfase nosso*).

Da leitura desta alínea a) resulta que o regime do reenvio prejudicial, no contexto da Procuradoria Europeia, acarretará uma nova construção, sobretudo quando lido em conjugação com a alínea b) do mesmo n.º 2. Na realidade, a mencionada alínea b) expressamente prevê o regime típico do reenvio prejudicial, ou seja, aquele que se prende com a competência do TJUE para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação ou a validade de disposições de direito da União, incluindo o Regulamento cuja proposta se encontra agora em análise.

Neste diapasão, cabe-nos sedimentar o funcionamento do reenvio prejudicial a fim de nos debruçarmos sobre os tópicos que nos parecem essenciais à compreensão desta reconfiguração no âmbito do regime proposto para a Procuradoria Europeia.

O reenvio prejudicial é um mecanismo de «diálogo formal»<sup>20</sup>, ao serviço dos tribunais nacionais, a fim de estes colocarem as suas dúvidas interpretativas ou de validade, ao TJUE, relativas a disposições de direito da UE essenciais à boa resolução da causa. Assim, atento o regime jurisdicional próprio da UE (como, aliás, já foi referido *supra*), são os tribunais nacionais que, em primeira linha, aplicam o direito da União aos litígios que se lhes colocam, atuando, nesta circunstância, como tribunais funcionalmente europeus (*vide*, a propósito, artigos 19.º do TUE e 267.º do TFUE).

Tendo por referência a novidade do controlo de validade de atos processuais praticados pela Procuradoria Europeia, através do reenvio, reconhecido ao TJUE, cabe-nos atentar ao conceito de validade que se foi desenvolvendo no âmbito do reenvio prejudicial. Nesta circunstância, determina o art. 267.º, 1.º parágrafo, b) do TFUE que «[o] Tribunal de Justiça da

---

<sup>20</sup> Christiaan Timmermans, “Multilevel judicial co-operation”, in *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in honour of Pernilla Lindh*, Eds. Pascal Cardonnel, Allan Rosa and Nils Wahl, (Hart Publishing, 2012), 16.

União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: b) sobre a validade [...] dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União». Assim, e na senda das Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Karl Roemer, a noção de validade terá um sentido alargado<sup>21</sup> a fim de incluir quer questões relativas a uma «legalidade material, ou seja, intrínseca, resultante da observância das condições de fundo, como, igualmente, a [uma] validade formal, isto é, que diz respeito à satisfação das exigências de forma»<sup>22</sup>. E a adoção deste conceito lato acaba por promover uma melhor proteção dos particulares já que «reforça consideravelmente o sistema de salvaguarda jurisdicional da legalidade no quadro da União»<sup>23</sup>, sobretudo tendo em conta que o reenvio prejudicial, na sua componente subjetiva, se afigura como o mecanismo ao serviço da tutela jurisdicional efetiva já que, ainda que os particulares não sejam, no reenvio, partes legítimas para se dirigirem diretamente ao TJUE, acabam por ver o direito da União aplicado uniformemente nos litígios em que intervêm como partes e em que, em primeira linha, são os seus interesses e direitos que se encontram a ser diretamente discutidos.

Acresce que tal dimensão subjetiva foi aprofundada com a prolação do acórdão *Foto-Frost* <sup>24</sup>. O Tribunal de Justiça avançou que «[...] as competências reconhecidas ao Tribunal pelo artigo [267.º] visam essencialmente garantir uma aplicação uniforme do direito [da União] pelos órgãos jurisdicionais nacionais» sendo que «[e]sta exigência de uniformidade é especialmente imperiosa quando está em causa a validade de um ato [europeu]», pelo que entendeu que «[d]ivergências entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros quanto à validade [...] seriam suscetíveis de comprometer a própria unidade da ordem jurídica [europeia] e de prejudicar a exigência fundamental da segurança jurídica»<sup>25</sup>, bem como «[a] necessária coerência do sistema de proteção jurisdicional instituído pelo Tratado»<sup>26</sup>, na

---

<sup>21</sup> Conclusões do Advogado-Geral Karl Roemer, emanadas no âmbito do processo *Internationale Crediet*, de 16 de dezembro de 1963, Processos apensos C-73/63 e C-74/63.

<sup>22</sup> João Mota de Campos, António Pinto Pereira e João Luiz Mota de Campos, *O direito processual da União Europeia – Contencioso Comunitário*, (2.ª Edição revista e aumentada ( Fundação Calouste Gulbenkian, 2014), 379.

<sup>23</sup> João Mota de Campos, António Pinto Pereira e João Luiz Mota de Campos, *O direito processual da União*, 379.

<sup>24</sup> Acórdão *Foto-Frost*, de 22 de outubro de 1987, Processo C-314/85.

<sup>25</sup> Acórdão *Foto-Frost*, considerando 15.

<sup>26</sup> Acórdão *Foto-Frost*, considerando 16.

medida em que o reenvio prejudicial de validade opera como uma modalidade de controlo da legalidade dos atos da União.

Com o acórdão *IATA*, o Tribunal de Justiça assumiu, perentoriamente, a jurisprudência *Foto-Frost* como assente, ao entender que o reenvio prejudicial foi consagrado no Tratado a fim de garantir uma aplicação uniforme do direito da União, sendo «[e]sta exigência de uniformidade especialmente imperiosa quando está em causa a validade de um ato [europeu]», reiterando a sua competência exclusiva para declarar a invalidade do mesmo<sup>27</sup>. Ora, como afirmámos, tal obrigatoriedade de reenvio em circunstâncias de apreciação da validade densifica a dimensão subjetiva do reenvio prejudicial, permitindo inclusivamente que este possa ser antevisto como um mecanismo de promoção e proteção de direitos fundamentais, sobretudo quando a aferição da validade deve ser realizada à luz da CDFUE – ao ser obrigatório, dá a possibilidade ao TJUE de conhecer a hipotética invalidade e, considerando que o ato viola um qualquer direito fundamental consagrado na CDFUE, irá acabar por promover uma proteção jusfundamental no contexto europeu.

Por sua vez, as causas de invalidade que podem ser invocadas, no âmbito do processo prejudicial tramitado à luz do art. 267.º do TFUE, contra um ato emanado por uma instituição, órgão ou organismo da União, são as que decorrem dos termos do art. 263.º, 2.º parágrafo do TFUE (relativo ao recurso de anulação e aplicado, por analogia, ao reenvio prejudicial). E tal derivou-se sistematicamente<sup>28</sup> do facto de, não sendo possível aos particulares diretamente suscitar a fiscalização da legalidade dos atos das instituições, órgãos e organismos da União – porque não congregavam as condições de admissibilidade previstas no art. 263.º, 4.º parágrafo do TFUE – deveria abrir-se-lhes uma possibilidade indireta para chamar, no âmbito de um litígio cujo objeto contemplasse tal discussão, a atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais para essa invalidade. Assim, ainda que os últimos não sejam competentes para a declarar, sempre terão de colocar a sua dúvida ao TJUE, através do reenvio prejudicial, quanto à apreciação de validade<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Acórdão *IATA*, de 10 de janeiro de 2006, Processo C-344/04, considerando 27.

<sup>28</sup> Acórdão *Unión de Pequeños Agricultores*, de 25 de julho de 2002, Processo C-50/00, considerando 40 e Acórdão *British American Tobacco (Investments)*, de 10 de dezembro de 2002, Processo C-491/01, considerando 39.

<sup>29</sup> Sobre este raciocínio, destacam-se as palavras de Koen Lenaerts, Ignace Maselis e Kathleen Gutman,: «[...] the action for annulment has interplay with other types of actions which may be brought before the Union courts and the



Deste modo, as causas de invalidade são as seguintes, nos termos do disposto no art. 263.<sup>o</sup>, 2.<sup>o</sup> parágrafo do TFUE: 1) incompetência; 2) violação dos Tratados ou de normas que os apliquem; 3) violação de formalidades essenciais e d) desvio de poder.

Dito isto, a referida alínea a) do artigo 42.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2 da Proposta de Regulamento pressupõe que o reenvio prejudicial, ao abrigo deste Regulamento, sirva também o propósito de analisar a validade de atos processuais da Procuradoria Europeia, o que determina um alargamento do objeto deste mecanismo de diálogo entre tribunais.

Como referimos em 1., o reenvio prejudicial não tem por objeto atos de carácter eminentemente processual, atenta a jurisprudência consolidada do TJUE, assumindo esta inovação consagrada no regime da Procuradoria Europeia a veleidade de configurar um ponto de viragem na conceção do próprio mecanismo.

No caso, a Proposta estatui que os atos processuais objeto de reenvio são os praticados no exercício das funções da Procuradoria Europeia. Ou seja, ainda que se trate (e, comumente, irão tratar-se, parece-nos...) de atos processuais praticados pelos Procuradores Europeus Delegados, a realidade é que, a fim de serem objeto de reenvio prejudicial, terão de ser atos material e funcionalmente europeus, pelo que as questões relativas à sua validade deverão ser dirimidas no ordenamento jurídico europeu (ou seja, perante o TJUE). Assim, há que atentar a essas duas dimensões, a fim de testar a robustez desta proposta, no domínio do Contencioso da UE.

Analisando aquela dimensão funcional, verificamos que, apesar de os Procuradores Europeus Delegados serem Magistrados do Ministério Público nacionais, quando atuarem processualmente no âmbito de infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União, agem na sua veste de Procuradores Europeus Delegados e, nessa perspetiva, os atos processuais que praticam são atos adotados por um órgão da UE (ou seja, no âmbito funcional da Procuradoria Europeia), sendo, portanto, funcionalmente europeus.

Por sua vez, a análise da dimensão material mostra-se mais exigente. Na realidade, o artigo 42.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, a) da Proposta abre a possibilidade de também os atos processuais praticados pela

---

*national courts as part of the coherent system of EU judicial protection, which provides for both direct and indirect routes for the review of the legality of Union acts, for example as regards the relationship between the direct route of annulment and the indirect route of preliminary rulings on the validity of Union acts under Art. 267 TFUE».* Koen Lenaerts, Ignace Maselis e Kathleen Gutman, *EU Procedural Law* (Oxford University Press, Oxford), 254.

Procuradoria Europeia serem objeto de reenvio de validade; no entanto, o considerando 88, 3.º parágrafo começa por estabelecer, teleologicamente, que: «[t]odavia, os órgãos jurisdicionais nacionais não podem submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais sobre a validade dos atos processuais da Procuradoria Europeia em relação ao direito processual nacional ou a medidas nacionais de transposição de diretivas, mesmo que o presente regulamento remeta para esse direito ou essas medidas». Ora, é sabido que o TJUE, através do reenvio prejudicial, apenas se pronunciará relativamente a atos decorrentes da ordem jurídica europeia. Por outro lado, da leitura combinada do considerando 88 e do artigo 42.º da Proposta, parece-nos, assim, que apenas poderão ser sujeitos a escrutínio de validade, por parte do TJUE, os atos processuais cuja base jurídico-processual para a sua produção também se encontre expressamente consagrada no direito da União. Ora, e esta possibilidade de se poder estar a exigir que os atos processuais praticados pela Procuradoria Europeia, produzidos com base em direito processual nacional, não sejam objeto de escrutínio de validade pelo TJUE acaba por nos levantar particulares inquietações na medida em que pode comprometer princípios gerais de direito da União diretamente derivados do princípio da cooperação leal, nomeadamente o relativo à autonomia processual dos Estados-Membros que, como sabemos, atua como coadjuvante da tutela jurisdicional efetiva dos direitos decorrentes da ordem jurídica europeia.

Na realidade, a UE pauta-se pela observância da autonomia processual dos Estados-Membros (arts. 4.º, n.º 3 e 19.º, n.º 1, 2.º parágrafo do TUE), enquanto princípio geral derivado sistematicamente do princípio da lealdade europeia. Este princípio estabelece que cabe aos Estados-Membros criarem as vias recursórias adequadas a promover uma efetiva tutela jurisdicional dos direitos decorrentes da ordem jurídica europeia. Neste sentido, verificamos que a Proposta de Regulamento continua, pelo menos em parte, a observar as regras processuais vigentes nos Estados-Membros para a tramitação de processos-crime e, bem assim, passa a adotar tal tramitação processual nomeadamente no segmento processual marcado pela intervenção da Procuradoria Europeia – e tal sucede por conta da observância da autonomia processual dos Estados-Membros. Assim, a densificação daquele princípio pressupõe que, apesar de as estruturas processuais nacionais não serem alteradas, confiando-se que as mesmas são adequadas a acautelar o direito da União, também integram a ordem

jurídica europeia pelo que, a partir da sua observância, se praticam atos processuais que estão, teleologicamente, ao serviço do direito material da União (nomeadamente do direito material que estabelece as medidas de combate às infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União) caindo, portanto, no seu âmbito de aplicação.

Deste modo, o 3.º parágrafo do considerando 88 tem de ser lido à luz da construção do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, a partir da qual, apesar de se reconhecer que cabe aos Estados-Membros dotarem-se das vias processuais adequadas ao acautelamento dos direitos decorrentes da ordem jurídica europeia, essa faculdade tem de ser sujeita ao crivo dos testes da equivalência e da efetividade. Deste modo, o princípio da equivalência testará se as normas processuais nacionais oferecem ou não um tratamento menos favorável ao litígio em que o direito da União é aplicável / invocável do que para litígios internos de natureza comparável. Por sua vez, o princípio da efetividade irá testar se as soluções processuais tornam excessivamente difícil ou impossível, na prática, o exercício dos direitos decorrentes da ordem jurídica europeia. Se a situação concreta soçobrar perante algum destes testes, significa que os Estados-Membros desvirtuaram a sua autonomia processual, devendo retificar a situação a fim de os suplantar<sup>30</sup>.

Posto isto, a destrinça de quais os atos processuais da Procuradoria Europeia poderão ser objeto de reenvio de validade não deverá ser feita por referência às normas processuais que lhes subjazem – pois estas podem ser nacionais na fonte, mas europeias na aplicação, por conta da observância do princípio da autonomia processual. Caberá, sim, fazer um juízo que, para além de intuir que são atos processuais funcionalmente europeus (porque praticados por órgão da UE – a Procuradoria Europeia), verifique que o ato processual também é materialmente europeu pois, caindo no âmbito de aplicação do direito material europeu aplicável – *in casu*, o combate às infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União –, foi adotado observando normas processuais nacionais por conta da autonomia processual dos Estados-Membros. Afinal, só assim se consegue acautelar uma dinâmica não perturbadora do equilíbrio inerente ao funcionamento do reenvio de validade.

---

<sup>30</sup> Para maiores desenvolvimentos, Vincent Couronne, “L’autonomie procédurale des États Membres de L’Union Européenne à l’épreuve du temps”, in Cahiers de droit européen, XLVI (46), Numéros 3 / 4 (Bruylant, 2010).

Nesta senda, convém ainda atentar na literalidade que decorre do art. 267.º, 1.º parágrafo, b) do TFUE. Na realidade, esta alínea apenas estabelece a possibilidade de o TJUE decidir, a título prejudicial, sobre a validade dos atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União, não especificando se os mesmos serão de natureza material ou processual.

No entanto, o próprio TJUE tem-se direcionado no sentido de que o seu papel, «no âmbito de um processo prejudicial consiste em interpretar o direito da União ou pronunciar-se sobre a sua validade»<sup>31</sup>. Do mesmo modo, a doutrina tem sido consensual em não subsumir – na senda da ausência de jurisprudência na matéria – à expressão «atos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União» a fiscalização de atos processuais à luz da legalidade europeia. Na realidade, subsume, ao texto da alínea b), os reenvios prejudiciais onde se discute se uma disposição de um regulamento, de uma diretiva ou de uma decisão é válida, independentemente de a disposição ser ou não diretamente aplicável ou de gozar de efeito direto; acresce que o próprio TJUE já subsumiu, ao seu âmbito, os reenvios relativos a atos jurídicos não vinculativos<sup>32</sup>.

Neste contexto, a expressão contemplada no artigo 267.º parece ser suficientemente lata para poder também considerar literalmente o controlo de validade de atos processuais. Deste modo, até ao presente momento tal não era assumido como uma realidade, mas nada impede que, sendo a Proposta de Regulamento tornada assente, também os atos processuais, praticados no âmbito de aplicação do direito da União e por um órgão da União (a Procuradoria Europeia), possam ser objeto de reenvio prejudicial.

Verificamos ainda que esta Proposta de Regulamento, ao estabelecer um regime de controlo de validade de atos processuais através do reenvio prejudicial, poderá impactar na teorização das causas de invalidade, tal como as aventámos. Na realidade, as mesmas parecem encontrar-se mais pensadas para aferir da validade de atos jurídicos europeus com o direito da UE, tornando particularmente exigente o seu reequacionamento à luz desta nova modalidade de reenvio. Assim, só o tempo poderá determinar se novas causas – que melhor

---

<sup>31</sup> TJUE, Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais, 2012/C 338/01, n.º 7.

<sup>32</sup> Sempre que auxiliem a interpretação ou sejam emanados no sentido de completar atos jurídicos vinculativos (Acórdão *Grimaldi*, de 13 de dezembro de 1989, Processo C-322/88, considerando 18).

se compadecem com a dinâmica inerente à fiscalização de atos processuais praticados, no decurso do processo-crime, pela Procuradoria Europeia – poderão e deverão ser aventadas.

Da nossa sensibilidade, tais desdobramentos (a acontecerem) terão, como pano de fundo, a causa de invalidade genérica relativa à violação dos Tratados, na dimensão de violação de princípios gerais de direito da União (nomeadamente, aqueles que relevam para o âmbito do Contencioso, como o da presunção de inocência, o da tutela jurisdicional efetiva, o da autonomia processual dos Estados-Membros) e das próprias disposições dos Tratados, mormente, as da CDFUE, relativas à promoção e proteção dos direitos fundamentais no contexto da UE.

Nesta nossa primeira aproximação dogmática, cabe ainda precisar a expressão “órgão jurisdicional nacional” para efeitos do art. 267.º do TFUE e se, à luz do regime da Procuradoria Europeia, teria de ser objeto de uma nova abordagem. Na realidade, entende-se que são os tribunais funcionalmente europeus, ou seja, os tribunais nacionais (perante os quais se coloca uma dúvida quanto à interpretação e / ou validade de uma disposição de direito da União indispensável à boa decisão da causa) os competentes para reenviar para o TJUE. Ora, neste domínio, suscitaram-se dúvidas quanto aos juízes de instrução criminal ou outros magistrados que assumem idênticas funções, questionando-se em que medida se encontrariam obrigados a reenviar ou sequer disporiam, em matéria de interpretação, de uma faculdade ilimitada de reenviar. E tal dúvida volta a ganhar pertinência na medida em que a invocação da invalidade dos atos processuais da Procuradoria Europeia poderá ocorrer, tendo por referência a configuração do ordenamento processual penal português, na fase de instrução<sup>33</sup> e, portanto, perante o juiz de instrução criminal<sup>34</sup>. Nesta circunstância, o TJUE tem entendido «de maneira constante, que o juiz de instrução em matéria penal ou o magistrado que exerce as funções de instrução penal constituem órgãos jurisdicionais na aceção do artigo [267.º] FUE, chamados a decidir de forma independente e de acordo com o direito em processos para os quais a lei lhes atribui competência no quadro de um processo destinado a

---

<sup>33</sup> Cfr. arts. 286.º e seguintes do Código de Processo Penal português.

<sup>34</sup> Cfr. arts. 17.º, 268.º, 269.º, 290.º e 301.º do Código de Processo Penal português.

obter decisões de carácter jurisdicional»<sup>35</sup>. Neste sentido, tramitando o processo à luz do processo penal português, poderão, assim, as partes levar ao conhecimento do juiz de instrução as questões relativas à validade dos atos processuais da Procuradoria Europeia, tendo este competência para reenviar.

Dito isto, há, no entanto, um aspeto por escrutinar e que nos levanta maiores dúvidas... Da segunda parte da alínea a) do art. 42.º, n.º 2 da Proposta de Regulamento decorre uma particular especificidade quanto ao dever / faculdade ilimitada de reenviar, na medida em que estabelece que a questão da validade dos atos processuais realizados pela Procuradoria Europeia seja suscitada perante um órgão jurisdicional. Ou seja, do sentido literal do texto da Proposta<sup>36</sup> parece resultar que o dever de reenviar, assente na faculdade ilimitada reconhecida aos juízes nacionais, poderá sair coartado porque dependente da invocação daquela questão de validade do ato processual, não podendo ser oficiosamente despoletada. Mais: sendo que os reenvios de validade se configuram sempre como obrigatórios (à luz da jurisprudência *Foto-Frost*), tal trecho do artigo poderá inclusivamente comprometer esta dinâmica, abrindo a porta a que, ainda que o juiz, oficiosamente, dê conta de um problema de validade de um ato processual, se a parte não o alegar, este não poderá reenviar...

Sendo esta a teleologia do legislador europeu, a coerência sistémica do reenvio prejudicial assente naquela faculdade ilimitada reconhecida aos juízes nacionais pode ficar comprometida, faculdade essa que decorreu de jurisprudência assente há longos anos, nomeadamente depois da prolação, pelo TJUE, do acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf*<sup>37</sup>. Na realidade, este acórdão, interpretando o artigo que corresponde ao atual 267.º do TFUE, recordava que as suas disposições «impõem-se com carácter imperativo aos órgãos

<sup>35</sup> Despacho *Saetti e Frediani*, de 15 de janeiro de 2004, Processo C-235/02, considerando 23. Vide, a propósito e entre outros, Acórdãos *Procureur de la République/Chatain*, de 24 de abril de 1980, Processo 69/79 e *Pretore di Salò*, de 11 de junho de 1987, Processo 14/86.

<sup>36</sup> As Autoras procederam ainda à análise deste artigo nas seguintes versões linguísticas:

- Francês : «[...] la validité des actes de procédure du Parquet Européen, pour autant qu'une telle question de validité soit soulevée devant une juridiction d'un État membre directement sur la base du droit de l'Union» ;

- Inglês : «[...] the validity of procedural acts of the EPPO, in so far as such a question of validity is raised before any court or tribunal of a Member State directly on the basis of Union law » ;

- Espanhol: «[...] la validez de actos procesales de la Fiscalía Europea, en la medida en que dicha cuestión de la validez se plantee ante cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro directamente sobre la base del Derecho de la Unión».

Da sua leitura, parece resultar uma coincidência com o sentido literal decorrente do texto em português.

<sup>37</sup> Acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf*, de 16 de janeiro de 1974, Processo 166/73.

jurisdicionais nacionais e [...] permitem-lhes recorrer ao Tribunal de Justiça para que se pronuncie sobre questões de interpretação ou de validade», afirmando que «os órgãos jurisdicionais nacionais [têm] a faculdade ilimitada de recorrer ao Tribunal de Justiça, se considerarem que um processo neles pendente suscita questões relativas à interpretação ou à apreciação da validade de disposições do direito [da União] com base nas quais têm de decidir»<sup>38</sup>.

Ainda alicerçadas nesta jurisprudência, verifica-se que o TJUE desde cedo começou a desenhar o reenvio prejudicial como um mecanismo de diálogo que os tribunais nacionais podem usar para com ele entabularem contacto jurisdicional, demonstrando que o reenvio se pode operar sempre que a questão inerente à interpretação e / ou validade do direito da União emerja da convicção oficiosa do julgador ou a requerimento das partes: «[e]sta disposição atribui aos órgãos jurisdicionais a faculdade e, sendo caso disso, impõe-lhes a obrigação de reenvio a título prejudicial, desde que o julgador verifique, quer oficiosamente, quer a pedido das partes, que a questão de fundo do litígio inclui um aspeto» relativo ao direito da União<sup>39</sup>.

Ora, se a dimensão volitiva do juiz já saíria francamente prejudicada em sede de reenvios de interpretação – onde, mesmo não estando a decidir como última instância, sempre goza de uma faculdade ilimitada – tal torna-se ainda mais evidente quando falamos de um reenvio de validade. Na realidade, para sedimentar a ideia de que o reenvio prejudicial de validade será obrigatório quando o juiz se consciencializa que se depara com um ato que poderá estar minado de invalidade, independentemente da instância em que se coloca, foi usado o argumento de ser necessário garantir uma aplicação uniforme do direito europeu em toda a União. Houve, portanto, preocupações de uniformidade ou, pelo menos, homogeneidade aplicativa que determinaram que aos juízes se impusesse um dever de reenviar já que a declaração de invalidade de um ato da União é «da exclusiva competência»<sup>40</sup> do TJUE.

Na hipótese de se manter a opção veiculada no texto da Proposta – «na medida em que uma tal questão de validade seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional» –, tal poderá acarretar um comprometimento, pelo menos parcial, da aplicação uniforme do direito da União. É difícil equacionar, à distância, se o impacto numérico seria assim tão significativo,

---

<sup>38</sup> Acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf*, considerando 3, 1.º e 3.º parágrafos.

<sup>39</sup> Acórdão *Rheinmühlen-Düsseldorf*, considerando 3, 2.º parágrafo.

<sup>40</sup> TJUE, *Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais*, n.º 15.



mas a dependência exclusiva de um impulso processual das partes para despoletar o reenvio prejudicial de validade pressuporia, em si mesmo, um retrocesso da própria conceção do reenvio como um diálogo processual entre tribunais. Afinal, neste tipo de reenvios, os tribunais nacionais passariam a ser meros intermediários jurisdicionais e não os órgãos competentes (na plena aceção da palavra) para entabular tal diálogo.

Ora, esta refração na posição que os tribunais nacionais desempenham no reenvio prejudicial também poderia ser útil àqueles que ainda resistem à proficuidade, na rotina judiciária, deste mecanismo jurisdicional – poderia acabar por ter um efeito psicológico desmotivador do uso do reenvio. Afinal, tal construção tornaria o juiz nacional – nomeadamente, o juiz de instrução ou o de julgamento, o âmbito do processo-crime – refém das sensibilidades das partes ao direito da União, importando, para o próprio processo penal, uma preponderância do princípio do dispositivo, que poderia, inclusivamente, desvirtuar a forma como o processo penal se desenrola e se configura.

À guisa de conclusão, diríamos que a Procuradoria Europeia, tal como nos é apresentada na Proposta de Regulamento, se configura como uma espécie de órgão híbrido, inédito na estrutura institucional e jurisdicional da UE. O presente exercício consistiu numa tentativa de sedimentar algumas sensibilidades decorrentes da leitura da Proposta de Regulamento, a fim de alertar para as novidades e para a leitura integrativa que algumas das suas disposições demandam em sede de reenvio prejudicial, sobretudo quando se reputa o reenvio prejudicial de validade como um dos mecanismos jurisdicionais que encerra a virtuosidade de funcionar como um controlo constitucional da jusfundamentalidade europeia.