



Universidades Lusíada

Dias, Augusto Manuel Gomes da Silva, 1954-2019

De que direito penal precisamos nós europeus? : um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário

<http://hdl.handle.net/11067/1187>

<https://doi.org/10.34628/x2d4-6296>

Metadados

Data de Publicação	2014-10-07
Resumo	O presente estudo parte da constatação de que as instâncias comunitárias europeias criam normas penais avulsas destituídas de qualquer enquadramento político-constitucional e nele se defende a necessidade de um tal enquadramento como modo de suprir o défice de validade ou legitimidade de que padecem. Nesta perspectiva, aprecia-se criticamente o modelo político-criminal proposto por alguns projectos de legislação penal comunitária e pelo Projecto de Tratado Constitucional Europeu e expõem-se as ...
Palavras Chave	Direito penal - Países da União Europeia
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 04-5 (2007)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T01:23:13Z com informação proveniente do Repositório

**DE QUE DIREITO PENAL PRECISAMOS NÓS EUROPEUS?
UM OLHAR SOBRE ALGUMAS PROPOSTAS RECENTES DE
CONSTITUIÇÃO DE UM DIREITO PENAL COMUNITÁRIO**

Augusto Silva Dias

DE QUE DIREITO PENAL PRECISAMOS NÓS EUROPEUS? UM OLHAR SOBRE ALGUMAS PROPOSTAS RECENTES DE CONSTITUIÇÃO DE UM DIREITO PENAL COMUNITÁRIO*

Augusto Silva Dias¹

SUMÁRIO: O presente estudo parte da constatação de que as instâncias comunitárias europeias criam normas penais avulsas destituídas de qualquer enquadramento político-constitucional e nele se defende a necessidade de um tal enquadramento como modo de suprir o défice de validade ou legitimidade de que padecem. Nesta perspectiva, aprecia-se criticamente o modelo político-crimeal proposto por alguns projectos de legislação penal comunitária e pelo Projecto de Tratado Constitucional Europeu e expõem-se as suas insuficiências.

Palavras-chave: Direito Penal comunitário – *Corpus Juris* – Eurodelictos – Projecto de Tratado Constitucional Europeu – Projecto alternativo de justiça penal europeia.

1. O título que escolhi para esta conferência sugere que nós europeus precisamos de um Direito Penal comunitário. Não me refiro a um Direito Penal harmonizado, construído por meio de convenções, directivas ou decisões-quadro, como actualmente sucede, mas a uma realidade normativa distinta embora não incompatível: a um Direito Penal unificado, criado por certas instituições comunitárias e aplicado, pelo menos em parte, por instâncias judiciais europeias. Esta posição está longe de ser pacífica, como comprova a discussão que hoje em dia em torno dela se trava, mas, em meu entender, faz cada vez mais sentido por três ordens de razões.

Por um lado, é uma constatação histórica que os processos de unificação política se fazem acompanhar do surgimento e do reforço do poder punitivo.

* Este estudo corresponde, com ligeiras modificações, à conferência proferida no dia 21 de Outubro de 2004, no colóquio internacional organizado pela Universidade Lusíada de Lisboa, por ocasião do doutoramento «honoris causa», naquela Universidade, dos Professores Doutores Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde. Foi posteriormente publicado na *Revista Portuguesa de Ciência Crimial*, ano 14 (2004) n.º 3, ps. 305 e ss. e em FARIA COSTA/MARQUES DA SILVA (coords.), *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, ed. Quartier Latin, S. Paulo, 2006, p. 335 e ss.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa. Professor da Universidade Lusíada de Lisboa

Essa estreita ligação pode ser comprovada ao longo da construção do poder político do Estado-nação e, não querendo nem devendo fazer extrapolações apressadas ou analogias infundadas, creio poder afirmar que se verifica pelo menos uma tendência similar na edificação do poder político supranacional. Essa tendência é documentada, no que diz respeito à construção de um Direito Penal europeu, pela intervenção cada vez maior das instituições comunitárias em matéria penal, respaldada numa pressão crescente do Direito Comunitário sobre a criação e aplicação dos Direitos Penais nacionais², e pelo aparecimento de projectos que, embora sectoriais, contêm autêntico Direito Penal comunitário. Para usar uma imagem de HASSEMER, o comboio europeu já partiu³ e transporta numa das suas carruagens um arsenal de soluções e medidas penais cuja utilização acompanhará *pari passu* o processo de unificação política.

Por outro lado, a instituição de um espaço económico, social e político comum, com a eliminação de fronteiras internas, o reconhecimento da livre circulação de pessoas e bens e a criação de instâncias comunitárias, conduz à emergência de bens jurídicos supranacionais e à prática de acções deles lesivas, ou, se se preferir, ao surgimento de um ilícito supranacional, transfronteiriço⁴, cuja prevenção e repressão não são asseguradas de modo eficaz apenas e só pelo Direito sancionatório e em especial pelo Direito Penal dos Estados nacionais, nem muitas vezes por medidas de harmonização comunitária que, remetendo a escolha da espécie e dos limites das penas para os Estados-membros, acabam por favorecer a existência de práticas sancionatórias diferenciadas ou desiguais⁵. Tal consequência é indesejável porque compromete a integração jurídica⁶ num domínio em que está em causa precisamente a protecção de bens jurídicos supranacionais.

Por último, o desenvolvimento que já adquiriu a cooperação judiciária e policial em matéria penal através de convenções, directivas e decisões-quadro, que vêm promovendo a harmonização legislativa e processual entre os Estados-membros, torna necessária a definição de uma política criminal comum e a formação de um quadro penal substantivo de referência. Por um lado, sem uma política criminal consistente e fundada as iniciativas comunitárias, sejam

² Sobre a evolução de um Direito Penal de dimensão europeia e a erosão progressiva do carácter meramente estadual dos sistemas penais do velho continente v. ALESSANDRO BERNARDI, *L'europeizzazione del Diritto e della scienza penale*, in Quaderni Fiorentini, 31, t. II (2002), p. 467 e ss.

³ v. *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, in ZStW, Bd. 116 (2004) n.º 2, p. 304 e s.

⁴ Neste sentido v. MÁRIO MONTE, *Da autonomia constitucional do Direito Penal nacional à necessidade de um Direito Penal europeu*, in CÂNDIDO DE OLIVEIRA (org.), Estudos em comemoração do décimo aniversário da licenciatura em Direito na Universidade do Minho, ed. Almedina, Coimbra, 2004, p. 713.

⁵ Deste modo, ALESSANDRO BERNARDI, *L'europeizzazione*, p. 505 e s.

⁶ Isto mesmo é reconhecido por TIEDEMANN no estudo de apresentação do Projecto dos «eurodelitos», de que falarei adiante –v. *Introducción*, p. 18.; no mesmo sentido, v. a exposição de motivos da versão originária do «Corpus Juris», em DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris*, ed. Economica, Paris, 1997, p. 13 e ss., em especial, p. 41.

harmonizadoras ou unificadoras, adquirem um carácter desgarrado e avulso, como hoje, em boa medida, acontece. Por outro lado, se se aceita, como julgo que deve aceitar-se, que o Direito Penal substantivo, independentemente do conteúdo e da extensão que lhe couber, constitui o objecto de referência do processo penal⁷, terá de concluir-se que não faz sentido criar regras, entidades e competências processuais penais europeias sem um Direito Penal europeu e sem uma política criminal europeia que lhe sirva de suporte.

As realidades e tendências jurídico-políticas que acabo de referir colocam na ordem do dia o problema da construção de um Direito Penal europeu. De nada serve negá-lo persistindo arreigado a um nacionalismo penal que se apoia na ideia de que o Direito Penal faz parte da identidade de uma nação e da sua cultura, de sorte que a soberania penal é pertença exclusiva do património político de comunidades nacionais⁸. Essa posição é criticável por uma dupla ordem de razões. À uma, louva-se no pressuposto não demonstrado de que o poder punitivo está ontologicamente vinculado ao conceito de nação, por isso que enquanto não existir uma nação ou povo europeus não é legítimo pensar em Constituição e em Direito Penal comunitários. Além de incorrer numa espécie de falácia historicista (uma variante da famosa falácia naturalista) ao pretender extrair sem mais do ser histórico um dever-ser futuro, esta tese esquece que a nossa identidade de europeus não tem – e talvez nunca venha a ter – por base uma consciência nacional. Trata-se de uma identidade pós-nacional que se vai forjando em torno de princípios universais de um patriotismo constitucional ou, se se preferir, de uma cultura política multissecular partilhada em comum⁹. À outra, aquela posição desconsidera totalmente o dado, sublinhado por vários criminólogos e penalistas, de que uma criminalidade globalizada, transfronteiriça, não pode ser adequada e eficazmente combatida ao nível local. É hoje convicção generalizada de que combater o ilícito global com soluções locais é uma estratégia votada ao insucesso¹⁰.

⁷ Neste sentido, v. HEFENDEHL, *Zur Frage der Legitimität europarechtlicher Straftatbestände*, in SCHÜNEMANN (Hrsg.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, ed. Carl Heymanns, 2004, p. 100.

⁸ Sobre o nacionalismo penal e as posições em que se sustenta v. MÁRIO MONTE, *Da autonomia constitucional*, p. 693.

⁹ Sobre o tema v. HABERMAS, *Der gespaltene Westen (kleine politische Schriften, X)*, ed. Suhrkamp, 2004, p. 78 e ss.; JUSTINE LACROIX, *Patriotisme constitutionnel et identité postnationale chez Jürgen Habermas*, in RAINER ROCHLITZ (coord.), *Habermas: L'usage public de la raison*, ed. PUF, 2002, p. 133 e ss.; JEAN-MARC FERRY, *La question de l'État européen*, ed. Gallimard, 2000, p. 166 e ss.; relaciona internamente a edificação de um Direito Penal supranacional com um estatuto de cidadania supranacional, parlamentarmente representada e constitucionalmente garantida, SILVA SANCHEZ, *Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho Penal europeo: una aproximación crítica*, in *Revista Penal*, n.º 13 (2004), p. 148.

¹⁰ Neste sentido, v. por todos ZIESCHANG, *Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts*, in *ZStW* 113 (2001), p. 262 e s., considerando este o argumento principal em abono da europeização do Direito Penal.

Não pretendo com esta crítica alinhar com o vanguardismo penal que é celebrado em certos círculos académicos e políticos europeus e que preconiza a criação de um Direito Penal supranacional a todo o pano. A discussão dos fundamentos e limites de um Direito Penal comunitário, do modelo político-criminal em que assenta alicerces e a sua explicitação nos textos fundamentais da União são assuntos de somenos importância, sem relevância bastante para deter ou atrasar a marcha veloz e inexorável do comboio europeu. Não importa em que direcção vai o trem desde que avance sem cessar. Como se compreenderá melhor ao longo da exposição não me filio num tal ideário. Perante as realidades e tendências jurídico-políticas que acalentam a formação de um Direito Penal supranacional, mais sensata e correcta se me afigura a posição que procura discutir as condições de legitimidade e o modelo político-criminal de um futuro Direito Penal comunitário. As questões que nesta perspectiva se devem colocar são: que Direito Penal é esse que transparece de projectos recentes que têm sido objecto de debate nos areópagos políticos e académicos do velho continente? Que modelo político-criminal lhes subjaz? Em que direcção apontam? É esse modelo válido à luz de princípios da tradição europeia, isto é, de princípios que integram a constituição política e jurídica profunda da Europa moderna?¹¹ Esta tradição, herdada do iluminismo, forma o paradigma político-jurídico à sombra do qual forjamos a nossa identidade pós-nacional de europeus e se edificaram os ordenamentos políticos e jurídicos dos Estados da Europa, e que, longe de se encontrar esgotado ou plenamente realizado no espaço europeu, possui ainda vigor programático quer no plano nacional, quer no plano supranacional. Não surpreenderá por isso se disser que um Direito Penal comunitário construído à revelia deste paradigma prático padecerá de um défice de legitimidade e será estranho às nossas convicções básicas de europeus. Em consequência, o poder punitivo que com base nele for exercido terá de contar com níveis baixos de aceitação e com níveis elevados de ineficácia.

2. A presente conferência pretende ser, nesta ordem de ideias, uma reflexão sobre esse paradigma ou quadro de validade de um Direito Penal Europeu, elegendo como método a análise crítica de algumas propostas de criação de um Direito Penal europeu, sem ignorar naturalmente a profusa discussão que penalistas de vários países têm mantido sobre as mesmas e que representa sem dúvida um louvável avanço no sentido da consolidação de uma ciência penal europeia.

¹¹ A expressão é tirada a JEAN-MARC FERRY, *La question de l'État européen*, ed. Gallimard, 2000, p. 106 e ss. Referências a este património normativo herdado do iluminismo e à sua relevância, na doutrina penal, podem encontrar-se em HASSEMER, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, ps. 308 e 317; SCHÜNEMANN, *Mindestnormen oder sektorales Europastrafrecht?*, in *Alternativentwurf*, p. 78 e s.

As propostas a que me refiro são, em primeiro lugar, o Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição Europeia (doravante PCE) que encerra um modelo de política criminal, em minha opinião não recomendável, expresso em diversas disposições que apontam para a criação, ao nível do 1.º pilar, mais precisamente pelo Parlamento e o Conselho de Ministros, em processo de co-decisão, de várias espécies de crimes e, como é normal, de regras de parte geral que disciplinam a sua aplicação, e de preceitos de processo penal que lhes são complementares. Em segundo lugar, o «Corpus Juris de disposições penais para a protecção dos interesses financeiros da UE», que é um projecto oficial da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu, elaborado por um grupo de penalistas de vários países, cuja versão originária é de 1997, existindo no entanto uma segunda versão de 2000, também chamada versão de Florença¹², a qual, culminando um período de debates por quase toda a Europa, introduziu algumas novidades pontuais. Outra proposta importante para a discussão actual é o Projecto dos «eurodelitos», um projecto particular apresentado em 2002 por um grupo de penalistas alemães, italianos, espanhóis e franceses¹³, mais abrangente do que o anterior e pretendendo ser o embrião de um futuro Código Penal europeu. O último documento que tomarei como base das minhas reflexões é o autodenominado «Projecto alternativo de justiça penal europeia», da iniciativa de um grupo maioritariamente constituído por penalistas de língua alemã, de que destaco LÜDERSEN, LAMPE e SCHÜNEMANN, cujo programa foi recentemente debatido¹⁴ e publicado¹⁵, e que apresenta um modelo político-criminal alternativo aos constantes do PCE e do «Corpus Juris».

Infelizmente nenhum destes documentos está traduzido em língua portuguesa ou foi debatido entre nós com profundidade, nem será possível no quadro da presente conferência dar a conhecer integralmente o conteúdo das

¹² O texto foi publicado primeiro em versões francesa e inglesa – v. DELMAS-MARTY/JOHN VERVAELE (orgs.), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres: dispositions pénales pour la protection des finances de l'Europe*, vol.I, ed. Intersentia, 2000. Surgiram mais recentemente traduções italiana e castelhana. Esta última, que consultei, é da responsabilidade de BACIGALUPO/SILVA CASTAÑO, e foi editada pela Dykinson em 2004. Esta edição inclui também o «Livro verde sobre a protecção penal dos interesses financeiros comunitários e a criação do Ministério Público Europeu», um documento da Comissão Europeia.

¹³ v. TIEDEMANN (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, ed. Carl Heymanns, Köln, 2002. Há uma versão incompleta, em língua castelhana, com o título *Eurodelitos: el Derecho Penal Económico en la Unión Europea*, ed. Univ. de Castilla-la-Mancha, 2003. Uma comparação entre os projectos do «Corpus Juris» e dos «eurodelitos», quanto à origem, aos conteúdos e métodos de reforma, pode ver-se em ALESSANDRO BERNARDI, *L'europeizzazione*, p. 510 e ss. Uma identificação e análise crítica dos princípios em que assentam tais projectos é efectuada por SILVA SANCHEZ, *Los principios inspiradores de las propuestas*, p. 142 e ss.

¹⁴ As propostas do Projecto Alternativo foram debatidas num colóquio de Direito Penal Europeu, realizado em Dresden, cujas intervenções se encontram publicadas na ZStW, Bd.116 (2004) n.º 2.

¹⁵ v. *Alternativentwurf europäische Straferfolgung* atrás citado.

suas propostas. Terei de me referir a elas de modo fragmentário e transversal, na medida do necessário para uma apreciação crítica do modelo de política criminal que lhes subjaz. Espero, no entanto, que do meu esforço de concisão e clareza expositiva da vossa atenção paciente e crítica possa resultar um conjunto de ideias que sirva para animar o debate em Portugal das questões da construção de um Direito Penal ao nível europeu.

Dois pontos quero desde já realçar. A normatividade que tomarei em conta é, como disse, a que consta dos projectos a que fiz alusão, pelo que não irei cuidar das soluções de Direito constituído representadas por convenções, directivas e decisões-quadro muitas das quais já estão convertidas no Direito interno português. Interessa-me mais discutir o que aí vem do que o que aí está. Aqueles projectos não só pretendem unificar o Direito Penal comunitário ao nível do 1.º pilar, mas, complementarmente, apresentam um modelo político-criminal mais consistente e menos avulso. Por outro lado, a perspectiva em que me coloco é a da discussão de um modelo político-criminal para a Europa, pelo que terei em consideração sobretudo os princípios que substanciam e identificam esse modelo e a espécie de incriminações singulares que dele devem fazer parte. Deste modo, não me preocuparei com as regras de parte geral plasmadas nos projectos em causa. Não pretendo deste modo desvalorizar a importância dessas regras na aplicação do Direito Penal, mas apenas afirmar que não é com base nelas que se articula um discurso de fundamentação como aquele que tem de presidir à discussão de modelos de política criminal. As regras de imputação da parte geral, por um lado, são o produto ao nível da aplicação do quadro de validade que emana da experiência normativa de um determinado mundo da vida, e, por outro lado, são relativamente instrumentais das incriminações da parte especial¹⁶. Por isso, a sua constituição dependerá sempre, numa certa medida, da espécie de incriminações que se considere ser da competência material das instâncias comunitárias.

3. Um modelo político-criminal fundado nos princípios da tradição europeia e no ideário do Estado de Direito democrático situa-se na confluência de duas linhas principais: a legitimação democrática da legalidade jurídico-penal, por um lado, e a proporcionalidade entre a restrição e a protecção de direitos, liberdades e garantias, ou, se preferirem, entre o que se protege e o que se restringe para assegurar essa protecção, por outro lado.

A legitimação democrática de um Direito Penal europeu não pode deixar de fundar-se no princípio democrático-representativo. O legado do contratua-

¹⁶ Neste sentido, TIEDEMANN, *Introducción*, p. 12, relativizando embora o carácter instrumental da parte geral dos «Eurodelitos» ao ponto de a apresentar como «modelo de parte geral para o Direito Penal Económico».

lismo liberal de VOLTAIRE e BECCARIA¹⁷ integra a constituição político-jurídica da tradição europeia, que estrutura e condiciona também o discurso jurídico-penal. No que ao Direito Penal diz respeito, aquele contratualismo expressa-se, em termos breves, do seguinte modo. Os cidadãos abdicam de uma pequena parcela da sua liberdade para que possam desfrutar da restante parte em segurança. A legitimidade para dispor do conjunto das parcelas depositadas no espaço público cabe aos próprios cidadãos através dos seus representantes eleitos. Só estes, mandatados para o efeito, têm competência para estabelecer e impor legalmente o *quantum* de restrição necessário para salvaguarda da ordem de liberdades. Posto que em sociedades complexas e altamente diferenciadas a unanimidade é uma meta irrealizável, a representatividade para a definição de crimes e a prescrição de penas é pragmaticamente fixada em maiorias.

Que problemas se levantam neste plano à construção de um Direito Penal comunitário? O PCE prevê que a matéria penal será objecto de leis e leis-quadro que conterão «regras mínimas relativas à definição de infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave e com uma dimensão transfronteiriça» (v. art.º III-172, 1,1) e serão criadas através de um processo de co-decisão entre o Parlamento e o Conselho de Ministros (doravante, CM) (v. arts. I-33.º, 1 e art.º III-302). Nos termos deste processo, recebida uma proposta de lei, o Parlamento toma posição em primeira leitura e transmite-a ao CM (v. art.º III-302, 3). Este, por sua vez, pode adoptar uma de duas atitudes: ou aceita a posição do Parlamento e a lei é aprovada; ou rejeita a posição do Parlamento e remete para este a proposta de lei juntamente com as razões da rejeição (v. art.º III-302, 4 e 5). No prazo de três meses a contar da data dessa remissão o Parlamento pode tomar uma de quatro decisões: concordar com a posição do CM ou simplesmente não se pronunciar sobre ela, casos em que o acto legislativo será aprovado; rejeitar a posição do CM por maioria absoluta dos membros que o compõem, caso em que a proposta de lei é recusada; propor emendas à posição do CM aprovadas por maioria absoluta dos seus membros, sendo o texto alterado enviado ao CM e à Comissão (v. art.º III-302, 7). Nas duas últimas hipóteses o processo co-decisório prossegue por via de conciliação. Em todo o processo descrito, o CM delibera umas vezes por maioria (art.º III-302, 4, 5) outras por maioria qualificada (art.º III-302, 8, 10, 13) e uma por unanimidade (art.º III-302, 9), enquanto o Parlamento, o órgão que assegura por excelência a representação dos cidadãos europeus, funcionando, por isso, como epicentro da representatividade e da legitimidade política, delibera sempre por maioria, simples ou absoluta (art.º III-302, 3, 7, 10, 13).

Não quero pôr em causa o processo de co-decisão, que exprime bem, em meu entender, a dupla representatividade – a estatal e a cidadã – em que assenta o edifício da UE, nem tão pouco quero contestar as regras de deliberação

¹⁷ v. sobre o tema SOUSA BRITO, *A lei penal na Constituição*, in Estudos sobre a Constituição, vol. 2, ed. Petrony, Lisboa, 1977, p. 222 e ss.

descritas. Mas quando se trata da criação de leis penais, penso com os autores do Projecto Alternativo, que essas regras não bastam para assegurar a legitimação democrática de tais leis e que um novo equilíbrio no processo de co-decisão tem de ser encontrado. Diz SCHÜNEMANN que por força da divergência entre o número de deputados e a população dos vários Estados-membros nas eleições para o PE, podem ser criadas leis penais comunitárias que não colhem a concordância da maioria da população europeia¹⁸. Para contornar esse óbice e não sobrar dúvida de que as leis penais são aprovadas por uma maioria de deputados que representam a maioria dos cidadãos europeus, o Projecto Alternativo acrescenta ao disposto no art.º III-302, 3, que, logo em primeira leitura, só haverá envio da proposta de lei penal para o CM quando ela contar com a aprovação de dois terços dos membros do PE¹⁹. Deste modo, não só sai reforçado o papel do Parlamento em matéria penal, como aumenta a base democrática de legitimação da lei penal²⁰⁻²¹.

Não se contraponha a esta solução o argumento de que, desse modo, se torna mais pesado e difícil o processo de co-decisão e se cria um bloqueio à aprovação de leis penais comunitárias. Tratando-se, como se trata, de leis fortemente restritivas de direitos, liberdades e garantias, é fundamental que elas traduzam um exercício de autonomia pública dos cidadãos europeus através dos seus representantes eleitos, e isso só se consegue de modo claro através da intervenção de uma maioria qualificada de deputados na sua aprovação. A opção por uma lógica de facilidade processual neste domínio não só inviabiliza a superação do propalado «défice democrático» da legislação mas significa ainda um incentivo ao expansionismo em matéria penal, com o rol de conse-

¹⁸ v. *Grundzüge eines Alternativ-Entwurfs zur europäischen Straferfolgung*, in ZStW, Bd.116 (2004) n.º 2, ps.393 e 398; v. também o próprio *Alternativentwurf*, p. 4 e ainda LÜDERSSEN, *Wer will das bessere Europa?*, in *Alternativentwurf*, p. 48, onde afirma que as maiorias qualificadas exigidas para as decisões do CM pelos arts.I-22 n.º 3 e 24 n.º 2 do PCE não compensam o défice de participação do Parlamento no processo legislativo, significando isso uma renúncia ao princípio «nullum crimen sine lege parlamentaria». Como nota FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, ed. Almedina, 2004, p. 233, os lugares actualmente atribuídos aos vários Estados no PE são proporcionais à respectiva população. Todavia, o critério é aplicado de modo degressivo. Assim, segundo o autor, apesar de população alemã ser 7,7 vezes maior do que a população portuguesa não é essa nessa proporção que os lugares são repartidos pela Alemanha (99) e por Portugal (24).

¹⁹ v. *Alternativentwurf*, p. 22 e a fundamentação na p. 23.

²⁰ Opinião diferente tem DUARTE D'ALMEIDA, *Direito Penal e Direito Comunitário: o ordenamento comunitário e os sistemas juscriminais dos Estados-membros*, ed. Almedina, Coimbra, 2001, p. 26 e ss., que desvaloriza a importância do reforço do papel do Parlamento na legitimação da lei penal comunitária, considerando que se trata de um dogma fundado numa lógica nacional que apenas corresponde «a uma certa democracia». Opõe-se-lhe, com razão a meu ver, MÁRIO MONTE, *Da autonomia constitucional*, p. 714 e nota 62.

²¹ Considera também que as maiorias qualificadas realizam um aprofundamento do controlo democrático quanto à criação de novas incriminações, FERNANDA PALMA, *Constituição e Direito Penal: as questões inevitáveis*, in *Casos e materiais de Direito Penal*, ed. Almedina, 2000, p. 24.

quências perversas que isso comporta²². Mas deste ponto cuidarei mais detalhadamente em seguida.

4. A outra linha fundamental de filiação do modelo político-criminal europeu no património normativo herdado do iluminismo, prende-se com a concepção do Direito Penal simultaneamente como ordem de protecção de bens jurídicos perante o crime e como ordem de protecção de interesses humanos perante o poder punitivo²³. É decisivo para a validade do Direito Penal europeu que ele exprima um justo equilíbrio entre a repressão do ilícito transfronteiriço gravemente atentatório de valores comunitários fundamentais e a protecção dos direitos, liberdades e garantias do delincente. Concretização fundamental deste equilíbrio é a salvaguarda de proporcionalidade entre os valores que se restringem e os valores que se protegem. Uns e outros devem ter a mesma ordem de grandeza. Consequência imediata da aplicação deste princípio é que, a partir do momento em que o Direito Penal comunitário deite mão a penas privativas da liberdade, como já sucede em várias decisões-quadro²⁴ e tudo indica que continuará a suceder, será interdito cominá-las para tutela de interesses meramente funcionais, de controlo administrativo de actividades económicas e sociais pelas instâncias comunitárias, que nenhuma relação perceptível mantêm com os direitos e bens jurídicos dos cidadãos europeus.

Esta exigência não é correctamente observada por parte do «Corpus juris» e do Projecto dos «eurodelitos», tanto no que diz respeito à escolha dos bens jurídicos comunitários a tutelar penalmente, como no que toca à selecção das técnicas de tutela a utilizar. Cada um dos referidos projectos aceita a cominação de penas, que podem ser de privação da liberdade²⁵, para a protecção de interesses meramente funcionais. Assim, o crime de fraude aos interesses financeiros da UE previsto no art.º 1 do «Corpus juris», que abrange, entre outros comportamentos, o emprego de processos fraudulentos para a obtenção de subvenções, serve a protecção da confiança no funcionamento de certos subsistemas

²² v. sobre essas consequências, em geral, v. SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 121 e ss.

²³ Neste sentido, também HASSEMER, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vor§1, n.º 310 e o *Alternativentwurf*, p. 4.

²⁴ v.g. Decisão-quadro do Conselho de 13/6/2002 relativa à luta contra o terrorismo (art.º 5); Decisão-quadro do Conselho de 19/7/2002 relativa à luta contra o tráfico de seres humanos (art.º 3); Decisão-quadro 2003/80/JAI do Conselho de 27/1/2003 relativa à protecção do ambiente através do Direito Penal (art.º 5).

²⁵ v., em especial, o art.º 14 n.º 1 a.l.a) e n.º 3 do «Corpus Juris». Apesar da omissão da referência às penas aplicáveis no Projecto dos «eurodelitos», isso não significa, todavia, nenhum propósito de excluir a previsão de penas de prisão, como sugere TIEDEMANN, *Introducción*, p. 18.

económicos²⁶, mais exactamente, o interesse geral numa eficaz promoção da economia.

Também o Projecto dos «eurodelitos» enferma do mesmo vício. Encontram-se aí um conjunto de incriminações de que fazem parte, por exemplo, o «insider trading» (art.º 53), a instigação à realização de negócios bolsistas especulativos (art.º 52), as falsas informações às autoridades de controlo no exercício de actividades económicas (art.º 56) e a violação de um embargo comunitário (art.º 58), que asseguram a tutela de funções sistémicas. Não quero dizer com isto que essas funções não são merecedoras de protecção e mesmo de protecção através da imposição de sanções, mas apenas e tão só que não é legítimo, porque é desproporcional, assegurar essa protecção através do Direito Penal, *maxime*, através da pena de privação da liberdade. Há um Direito Administrativo sancionador comunitário que deve funcionar como meio alternativo ao Direito Penal, nomeadamente nestes casos. Se não se adverte e acautela este aspecto (juntamente com outros que referirei adiante) corre-se um risco sério de o futuro Direito Penal comunitário se transformar em instrumento do furor regulador das instituições europeias e a pena de prisão num fenómeno banal²⁷.

O PCE, por sua vez, não esconjura este risco. Pelo contrário incrementa-o. O Projecto inclui a matéria penal no capítulo IV do Título III dedicado à «liberdade, segurança e justiça». Mas o modo como dirime a tensão entre estes valores fundamentais, leva-me a dar inteira razão a HASSEMER quando afirma que é clara a prevalência dada à segurança e à eficácia²⁸. Com efeito, o art.º III-158 acentua que a União envidará esforços «para garantir um elevado nível de segurança», recorrendo principalmente a medidas penais, mas nada estabelece sobre o significado de tal segurança, nem como se articula ela com a liberdade. Mais adiante, o art.º III-172, 1, prevê a criação pela UE de regras mínimas relativas à definição de infracções penais e de penas em domínios de criminalidade especialmente grave e com uma dimensão transfronteiriça em razão da natureza ou das consequências dessas infracções ou da especial necessidade de as combater. O preceito fornece um elenco da criminalidade em causa, que compreende o terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração

²⁶ Não acompanho nesta matéria HEFENDEHL, *Zur Frage der Legitimität*, p. 84., que defende abertamente a criação de tipos de confiança no Direito Penal económico. SILVA SANCHEZ, *Los principios inspiradores de las propuestas*, p. 144 caricatura o paradigma delictivo subjacente a estes projectos como «conduta imprudentemente 'fraudulenta', cometida por uma pessoa colectiva, que redundava num perigo abstracto para as finanças comunitárias».

²⁷ Dão conta deste risco na situação actual, ALESSANDRO BERNARDI, *L'europizzazione*, p. 489 e, de um modo muito especial, SILVA SANCHEZ, *Los principios inspiradores de las propuestas*, p. 144 e s.

²⁸ v. *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, ps.307 e 311 e s.; no mesmo sentido se pronuncia WEIGEND, *Der Entwurf einer europäischen Verfassung*, ps.276 e s., 282 e 302.

sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafacção de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.

Tal catalogação tem um carácter meramente exemplificativo e é, consequentemente, insusceptível de cumprir qualquer função de limitação do *jus puniendi* comunitário. Para isso contribui não só a indeterminação de conceitos como «criminalidade organizada»²⁹, mas também a faculdade concedida ao CM de identificar, deliberando por unanimidade, outros domínios da criminalidade grave e transfronteiriça, consoante a evolução desta (v. art.º III-172, 1, 3) e sobretudo a possibilidade de serem criadas leis penais europeias «sempre que a aproximação de normas jurídico-penais se afigure indispensável para assegurar a aplicação eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objecto de medidas de harmonização» (v. art.º III-172, 2). De acordo com esta cláusula de acessoriedade aberta, como lhe chama WEIGEND³⁰, não há praticamente nenhum âmbito do Direito Penal secundário que não possa ser «europeizado». A competência material das instituições comunitárias deixa de estar limitada ao conceito, já de si pouco preciso, de criminalidade particularmente grave e transfronteiriça. Tudo medido, podemos concluir que o Direito Penal é concebido no PCE como um instrumento da política de segurança, sem que a liberdade cidadã seja tida como um contrapeso ou travão à sua expansão³¹.

5. De um modo mais afirmativo e concretizador, penso que o PCE necessita de uma profunda alteração que dê acolhimento ao princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade do Direito Penal comunitário, materializado desde logo na ideia de que a legitimidade dos bens jurídicos merecedores de tutela penal unificada depende em larga medida da sua titularidade por parte dos cidadãos europeus e das instituições comunitárias³². Cabem nos primeiros

²⁹ Sobre este ponto v. WEIGEND, *ob.cit.*, p. 285 e s.

³⁰ v. *ob.cit.*, p. 284.

³¹ Deste modo, muito especialmente, WEIGEND, *ob.cit.*, p. 302. Considero preferível pelas razões apontadas a proposta de alteração ao art.º III-158, 3 do PCE, pelo Projecto Alternativo, que reza do seguinte modo: «A União envidará esforços para garantir um elevado nível de liberdade, de segurança e de protecção dos direitos perante outros e perante o poder do Estado, através de medidas de protecção da liberdade e dos bens jurídicos dos cidadãos, de prevenção e combate à sua violação, de coordenação e cooperação dos órgãos policiais, dos órgãos de administração da justiça e de outras autoridades especialmente competentes em processos transfronteiriços e, caso seja necessário, através da harmonização de disposições penais que sejam demasiado restritas ou demasiado amplas».

³² Opinião diferente parece ter HEFENDEHL, *Zur Frage der Legitimität*, p. 84 e s., quando refere somente como titulares de bens jurídicos europeus a EU e os seus órgãos. Sobre a natureza dos bens jurídico-penais comunitários v. ainda MÁRIO MONTE, *Da autonomia constitucional*, p. 725 e s.; SCHÜNEMANN, *Mindestnormen oder sektorales Europastrafrecht*, p. 80 e s.; SILVA SANCHEZ, *Los principios inspiradores de las*

os crimes de terrorismo, de tráfico de seres e de órgãos humanos, de exploração sexual de mulheres e crianças, de pornografia infantil, de tráfico de droga e de armas, mas também crimes contra os trabalhadores, contra os consumidores e contra o ambiente, que encontramos previstos no Projecto dos «eurodelitos» (v. arts. 23 e ss.; 29 e ss.; 38 e ss.)³³ que podem adquirir também dimensão transfronteiriça e têm igualmente como referente bens ou valores indispensáveis à realização da cidadania europeia. Comprova-o a Carta dos Direitos Fundamentais da UE que no capítulo IV, dedicado à solidariedade, consagra o direito dos trabalhadores «a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas» (art.º 31 n.º 1), e as garantias de «um elevado nível de protecção do ambiente» (art.º 37) e de defesa dos consumidores (art.º 38). Exemplo da segunda espécie de bens são os interesses financeiros da UE tanto no capítulo das receitas como no das subvenções. O «Corpus juris» é, como referi, especialmente dedicado à protecção de tais interesses. Como notam, porém, os autores do Projecto Alternativo, aquele diploma tem um alcance muito limitado no que diz respeito ao combate à corrupção. Não só porque o seu âmbito de incidência se cinge à protecção de interesses financeiros da União, mas também porque são apenas quatro os tipos incriminadores nesta área. Merece inteiramente o meu acordo a ideia expressa no Projecto Alternativo³⁴ e sublinhada por SCHÜNEMANN³⁵ de que uma previsão tão completa quanto possível de crimes de funcionários constitui o reverso do reforço das competências policiais e penais ao nível europeu e aprofunda a sua ligação ao Estado de Direito, pois, como salienta este autor, um controlo eficaz do exercício do poder é condição irrenunciável da sua própria legitimidade.

Dois aspectos complementam estas considerações sobre a identificação dos bens jurídicos e do ilícito penal comunitários e reforçam a legitimidade da intervenção penal unificadora ao nível europeu. Primeiro, não devem integrar a matéria penal comunitária comportamentos ilícitos que, pese embora mantenham alguma relação com os bens jurídicos assinalados, não provocam dano, isto é, não produzem uma diminuição do seu valor ou utilidade para os

propuestas, p. 148 e s., que parece propor que a legitimidade de um Direito Penal europeu unificado depende da inclusão de crimes contra bens jurídicos individuais (integridade física, liberdade, património, etc.) posição que não sufragamos, não só porque a competência penal da União se pretende subsidiária (e não total), como veremos, mas também porque muitos dos crimes contra aqueles bens jurídicos não revelam tipicamente dimensão transfronteiriça.

³³ Sobre as razões desta opção, a meu ver deficientemente cumpridas em alguns tipos incriminadores, v. TIEDEMANN, *Introducción*, p. 17.

³⁴ v. logo na apresentação das ideias fundamentais na p. 4.

³⁵ v. *Grundzüge eines Alternativ-Entwurf*, p. 378 e s.; *Mindestnormen oder sektorales Europastrafrecht?*, p. 80; HEFENDEHL, *Zur Frage der Legitimität*, p. 85, considerando os crimes de corrupção e de falsas declarações em relação às instituições comunitárias «o paradigma de tipos jurídico-penais europeus legítimos».

respectivos titulares, e são, por isso, destituídos de uma ofensividade perceptível. É o que se passa com as chamadas infracções artificiais, ou de perigo presumido, que fazem parte do campo prévio à real afectação do bem jurídico. Exemplos desta espécie de infracções são o crime de fraude ao orçamento comunitário do art.º 1 do «Corpus Juris», cuja punibilidade, em consequência do carácter sistémico do interesse que tutela, é independente da verificação de qualquer prejuízo patrimonial causado ao orçamento comunitário³⁶, e ainda os crimes de publicidade enganosa e de actividades proibidas com flora e fauna protegidas previstos nos arts. 35 e 43 dos «eurodelitos», que não atingem de um modo jurídico-socialmente perceptível quer interesses económicos dos consumidores, quer o direito a um ambiente sadio. Os exemplos de extrema antecipação da tutela penal podiam multiplicar-se, mesmo em outras direcções, como acontece com a tipificação da fraude ao orçamento comunitário cometida com negligência grave no art.º 9 do «Corpus Juris»³⁷.

O outro aspecto a que fiz referência prende-se com a repartição de competências em matéria penal entre a União e os Estados-membros. O PCE não segue também aqui, em meu entender, o melhor caminho. Depois de no n.º 1 do art.º I-9 prever os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade da intervenção comunitária e de no n.º 3 do mesmo preceito sujeitar esta intervenção aos testes de suficiência e de eficácia³⁸, o PCE vem determinar no art.º I-13 n.º 2 que o «espaço de liberdade, segurança e justiça», onde precisamente o Direito Penal se inscreve, é área de competência partilhada entre a União e os Estados-membros. Os dois critérios não são incompatíveis *prima facie*, como demonstra a circunstância de no Direito Europeu vigente o princípio da subsidiariedade reger precisamente o âmbito das atribuições concorrentes³⁹, mas, como nota HASSEMER⁴⁰, não conduzem necessariamente aos mesmos resultados. O princípio da subsidiariedade preserva e garante uma ampla margem de soberania penal aos Estados-membros, pois, sempre que a tutela penal de um certo bem jurídico seja assegurada suficiente e eficazmente pelas ordens jurí-

³⁶ Uma análise crítica deste tipo incriminador é feita por HEFENDEHL, *Zur Frage der Legitimität*, p. 86 e ss.

³⁷ Para uma crítica a este aspecto v. *Alternativkonzept zum sog. Corpus Juris (Besonderer Teil)*, in *Alternativentwurf*, p. 38; HEFENDEHL, *Zur Frage der Legitimität*, p. 95 e s.

³⁸ v. sobre o princípio da subsidiariedade e as condições da sua realização, DUARTE D'ALMEIDA, *Direito Penal e Direito Comunitário*, p. 17 e s. e nota 22; FAUSTO QUADROS, *Direito da União Europeia*, ps.102 e ss. e 202 e ss.

³⁹ v. sobre o tema FAUSTO QUADROS, *Direito da União Europeia*, em especial, p. 102 e s.

⁴⁰ v. *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, p. 315 e s., que compara a competência partilhada com a competência concorrente da experiência político-constitucional alemã, segundo o autor, pouco recomendável; em sentido idêntico, v. WEIGEND, *Der Entwurf einer europäischen Verfassung*, p. 280, acusando o PCE de não conter quaisquer indicações ou limitações materiais da competência da União e de enviar sinais contraditórios acerca da repartição de competências entre esta e os Estados-membros.

dicas nacionais, mesmo relativamente a comportamentos com dimensão transfronteiriça, não devem ser criados tipos penais europeus⁴¹. Já o critério da competência partilhada, tal como está desenhado no Projecto, funciona como obstáculo à realização da subsidiariedade, na medida em que favorece um reforço da competência penal da União à custa dos Estados-membros. Com efeito, o art.º I-11, 2, estipula que os Estados-membros exercerão as suas competências «na medida em que a União não tenha exercido a sua ou tenha decidido deixar de a exercer». O critério da competência partilhada coloca, assim, a União na linha da frente, quando o princípio da subsidiariedade, consagrado no Direito Europeu vigente e no Projecto constitucional e tido como «um pilar fundamental da unificação europeia»⁴², exige que ela se mantenha na retaguarda da constituição do Direito Penal comunitário. A solução do PCE não acautela, também por este lado, a tentação expansionista que o modelo político-criminal comunitário presente e futuro revela. Também neste ponto é necessário arrepiar caminho devolvendo, sem tergiversações, a matéria penal ao princípio da subsidiariedade da intervenção das instituições comunitárias.

5. Aqui deixo um conjunto de reflexões críticas sobre algumas propostas elaboradas por insignes penalistas europeus, duas das quais contam mesmo com apoio oficial, e que visam a criação de um Direito Penal comunitário ao nível do 1.º pilar. Mais não fiz do que testar o modelo político-criminal daquelas propostas à luz daquilo que identifiquei como sendo a sede de validade: os princípios da cultura jurídico-penal profunda que nós europeus partilhamos.

O comboio do Direito Penal europeu já partiu e está num momento crucial da sua marcha. É necessário traçar-lhe o rumo e estar atento à sua evolução. Pode ser, como diz HASSEMER⁴³, que as instituições europeias não dêem ouvidos às recomendações de muitos penalistas e que estes pouco ou nada possam fazer para influenciar a política criminal da Europa. Mas a verdade é que não nos podemos alhear deste problema, porque sabemos bem quanto a qualidade da cidadania depende do Direito Penal que nos rege. O próprio HASSEMER não deixou de apelar à continuidade dos esforços no sentido da formação de uma ciência jurídico-penal europeia, terminando com estas palavras, que faço minhas: «o 'Direito Penal de cima', com o qual nós agora estamos selectivamente confrontados, precisa de um 'Direito Penal de baixo' vocacionado para completar, criticar e corrigir»⁴⁴.

⁴¹ Será o caso, por exemplo, dos crimes de falsificação – neste sentido HEFENDEHL, *Zur Frage der Legitimität*, p. 84, que junta, no entanto, a estes os crimes ambientais, posição que, pelas razões expostas, não subscrevo.

⁴² Deste modo, HASSEMER, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, p. 315; FAUSTO QUADROS, *Direito da União Europeia*, p. 102 e s.

⁴³ v. ob. cit., p. 317.

⁴⁴ ob. cit., p. 319.