

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

PEDRO CAEIRO

PERSPECTIVAS DE FORMAÇÃO
DE UM DIREITO PENAL DA UNIÃO EUROPEIA



Coimbra Editora

Separata da
Revista Portuguesa de Ciência Criminal
Ano 6 • Fasc. 2.º • Abril-Junho 1996

Execução Gráfica
Coimbra Editora, Lda.
Rua do Arnado — 3000 Coimbra

AEQUITAS

PERSPECTIVAS DE FORMAÇÃO DE UM DIREITO PENAL DA UNIÃO EUROPEIA (*)

Pedro Caeiro

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I. Introdução

A integração económica e social dos países da Comunidade Europeia [CE], nos termos previstos pelos tratados que a instituem, só pode conseguir-se através da criação de uma regulamentação jurídica comum. Este corpo jurídico é hoje constituído, essencialmente, pelos Tratados de Roma [TCE] e de Maastricht [TUE] e por legislação derivada (regulamentos e directivas) que cresce em volume e diversidade, estendendo-se todos os dias a novos domínios.

Se a subordinação da actividade económica e das posições subjectivas com ela conexas a uma ordem jurídica comum se mostra absolutamente necessária para atingir os objectivos propostos nos tratados, a evolução do «mercado comum» para uma união política põe inevitavelmente o problema da criação de um *direito penal comum*. Este problema desdobra-se, sucessivamente, em várias questões, nomeadamente:

— a CE possui já, nos dias de hoje, uma competência legislativa em matéria penal?

— deve-se caminhar, a longo prazo, para uma unificação total do direito penal dos Estados-membros, ou antes restringir a unifor-

(*) Relatório apresentado em nome da delegação portuguesa nas «VI Jornadas Greco-Latinas de Defesa Social», que tiveram lugar em Salónica (Grécia), nos dias 6-8 de Outubro de 1995.

mização a alguns domínios específicos (v. g., o direito penal económico)?

— tal uniformização deve ser obtida pela via da cooperação inter-estadual, através de modificações directamente introduzidas pelos Estados-membros no seu direito nacional, ou pela via da legislação comunitária, que se impõe às ordens jurídicas nacionais?

— qual a legitimação das instituições comunitárias para legislar em matéria penal, tendo em conta as competências que lhes são conferidas actualmente pelos tratados?

II. Delimitação do objecto: exclusão do direito penal comunitário ⁽¹⁾

1. Há que dizer, antes de mais, que o direito comunitário possui, já hoje, uma incontestável incidência sobre o direito penal dos Estados-membros, ainda que se trate de uma incidência indirecta ou reflexa ⁽²⁾.

1.1. Em primeiro lugar, a CE é titular de um verdadeiro *jus non puniendi* autónomo, que se impõe aos Estados-membros e que consiste naquilo a que podemos chamar *efeitos penais negativos* do direito comunitário. Assim, as normas dos tratados e da legislação derivada

⁽¹⁾ Esta expressão é utilizada por oposição a *direito comunitário penal*: cf. *infra*, 1.3.

⁽²⁾ Neste sentido, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia [TJ] já esclareceu, a propósito do célebre *caso Cowan*, que não reconhece uma reserva absoluta de soberania aos Estados-membros em matéria de lei penal — tal reserva absoluta ter-se-ia mesmo tornado, nas palavras de HANNA SEVENSTER («Criminal Law and EC Law», *Common Market Law Review*, 1992, p. 30), «uma ilusão». Concretamente, o Tribunal decidiu que uma norma processual penal francesa — que nega a concessão de uma indemnização estadual às vítimas de crimes violentos se a vítima for nacional de outro país e não residir em França, admitindo-a todavia se a vítima «não-residente» for francesa — viola o princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade previsto no artigo 7.º do TCE. No mesmo sentido, cf. FRANCESCO DE ANGELIS, «Nouvelles initiatives de la Communauté dans le domaine de la criminalité au détriment du budget communautaire», in: *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht* (hrsg. v. Ulrich Sieber), 1993, p. 96.

que dizem respeito, v. g., à livre circulação de capitais podem conduzir — e efectivamente conduziram ⁽³⁾ —, graças ao primado do direito comunitário sobre o direito nacional, à inaplicabilidade de disposições penais internas que punem a exportação de capitais sem uma prévia autorização da administração ⁽⁴⁾. Neste sentido, o poder dos Estados-membros de decidirem da punibilidade de certas condutas já se encontra limitado pelo direito comunitário ⁽⁵⁾.

A este propósito, talvez seja importante distinguir as fontes de direito comunitário para apreciar os efeitos que este produz nas ordens jurídicas dos Estados-membros. As normas previstas nos tratados e nos regulamentos têm um valor normativo superior ao direito interno e são directamente aplicáveis pelas autoridades dos Estados-membros, enquanto que as directivas requerem uma actividade legislativa de transposição por parte dos últimos. Quer isto significar que as directivas, diversamente dos regulamentos, não são directamente aplicáveis e não podem por isso ser invocadas, em princípio, nem pelas autoridades estaduais, nem pelos particulares. Todavia, o TJ admite que as normas

⁽³⁾ Assim o decidiu o TJ no *Acórdão Bordessa* (AcTJ de 23-02-1995, proc. C-358/93).

⁽⁴⁾ Cf. J. FIGUEIREDO DIAS/M. COSTA ANDRADE, «Sobre os crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 4 (1994), p. 345. A inaplicabilidade da lei penal nacional contrária ao direito comunitário deve ser reconhecida por qualquer autoridade nacional, aí se compreendendo, naturalmente, os tribunais e o Ministério Público (cf. SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 43).

⁽⁵⁾ Alguns autores sustentam mesmo que a incidência do direito comunitário sobre o direito penal nacional não se limita a tornar inaplicável a lei nacional que se opõe a uma regra jurídica comunitária: o direito comunitário proibiria também, em certos casos, a cominação de sanções desproporcionadas a condutas que relevam, mais ou menos indirectamente, das garantias e liberdades comunitárias. Assim, «a sanção prevista para a violação dos deveres de documentação ou de apresentação [junto das autoridades nacionais] não pode ser desproporcionadamente severa se a conduta se inscrever no direito de livre escolha de residência no espaço comunitário» (MANFRED ZULEEG, «Das Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft», in: *Europäische Einigung...* *cit.* [n. 2], p. 51, com indicação da jurisprudência do TJ sobre a matéria; cf. também SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 45, e P.-F. RYZIGER, «Rapports entre le droit pénal français et le droit communautaire», *Gazette du Palais*, 1986 (I), p. 226).

previstas nas directivas podem ser invocadas pelos particulares contra o Estado («efeito directo nas relações verticais») desde que (i) o seu conteúdo seja suficientemente claro e preciso e que (ii) o prazo fixado ao Estado-membro para a transposição da directiva se tenha já esgotado (6). Assim, se a conduta «criminososa» do arguido for autorizada por uma directiva que o Estado não transpôs no prazo fixado, o direito interno (aí se incluindo as disposições penais) não pode ser aplicado para sancionar o particular.

1.2. A incidência indirecta do direito comunitário sobre o direito nacional dos Estados-membros também pode produzir *efeitos positivos*.

Talvez se devam incluir aqui as (escassas) normas comunitárias (tratados e regulamentos) que alargam directamente, de forma implícita ou explícita, o campo de aplicação de uma norma penal nacional pré-existente, em virtude do chamado «princípio da assimilação» (7). Através desta técnica, a norma penal interna, originariamente elaborada para proteger os bens jurídicos do Estado-membro, passa a proteger também os bens jurídicos da Comunidade.

Há que começar por distinguir as normas previstas nos tratados das normas previstas nos regulamentos. No que toca às primeiras, o artigo 27.º do Estatuto do TJ prevê que a violação dos juramentos prestados pelas testemunhas e pelos peritos perante o Tribunal deverá ser encarada pelos Estados como se se tratasse de uma infracção análoga perante uma jurisdição civil. Além disso, esta norma impõe aos Estados um dever de perseguir os infractores. Do ponto de vista da legitimação, parece que nenhuma objecção se levanta contra tal alargamento convencional da norma penal, ao menos nos países — como Portugal — onde as convenções internacionais possuem um valor normativo pelo menos igual ao de uma lei do parlamento e uma igual publicidade. Na verdade, estas normas equivalem, nesta perspectiva, às

que se prevêem nas convenções internacionais pelas quais os Estados se obrigam a punir certos crimes (8).

Mas a conclusão será talvez diferente no que diz respeito aos regulamentos. Como veremos, o processo de elaboração dos regulamentos — que são directamente aplicáveis na ordem jurídica interna, não necessitando de um acto de «confirmação» por parte do Estado — não preenche as condições mínimas de legitimação democrática exigidas pela generalidade das constituições dos Estados-membros para a elaboração de uma lei penal; além disso, não se confere aos regulamentos a mesma publicidade que é outorgada às leis nacionais (9).

Ora, pode acontecer que o regulamento desempenhe um papel decisivo na determinação do conteúdo da *fattispecie* prevista na ordem interna: nesse caso, a norma penal nacional não poderá aplicar-se à violação da norma comunitária, sob pena de violação do princípio constitucional e comunitário (10) do *nulla poena sine lege precisa*. Vejamos um exemplo: em Portugal, o artigo 24.º do DL 28/84, de 20 de Janeiro, pune a produção e venda «de aditivos alimentares *anormais* não considerados susceptíveis de criar perigo para a vida ou para a saúde e integridade física alheias». Suponhamos que um regulamento classificava certo aditivo alimentar como «anormal», prevendo que a sua produção deveria ser encarada pelos Estados-membros como se se tratasse da violação de uma proibição análoga prevista pela lei interna. Neste caso, o princípio da assimilação não poderia ser invocado para aplicar a norma penal nacional à violação do direito comunitário: na verdade, a classificação do aditivo feita pelo regulamento não torna este último «anormal», *ipso facto*, para efeitos da aplicação da norma penal portuguesa, pelo que seria o regulamento a determinar autonomamente o conteúdo da *fattispecie*. A extensão da lei interna a este caso só seria possível se a CE gozasse de uma competência penal própria.

(8) O mesmo vale para o artigo 194.º do Tratado EURATOM.

(9) As soluções que propomos a seguir não são diferentes das que defendemos, em geral, a propósito do papel desempenhado por normas infra-legais (ou, ainda que legais, não cobertas pela reserva de competência legislativa constitucionalmente imposta) na determinação da *fattispecie* no direito interno.

(10) Cf. *infra*, III, 1.4.

(6) Cf. o *Acórdão Ratti* (AcTJ de 5-4-1979, proc. 148/78, col. 1979, p. 1629) e o recentíssimo *Acórdão Bordessa*, *cit.* [n. 3]; cf. também SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 41.

(7) Uma recolha destas normas pode encontrar-se em GIOVANNI GRASSO, *Comunità Europee e Diritto Penale*, Milano, 1989, p. 130.

Mas pode acontecer que o regulamento não desempenhe um papel essencial na determinação do conteúdo da *fattispecie*. Suponhamos que a norma penal interna pune «a pesca de sardinhas de dimensão inferior à autorizada». Neste caso, as normas que definem tal dimensão não se encontram sujeitas à reserva de lei: a *fattispecie* está suficientemente determinada e os regulamentos comunitários podem por isso integrar a lei penal.

Enfim, existem numerosas directivas que impõem aos Estados o dever de estabelecer as «sanções apropriadas» para a violação das normas que contêm ⁽¹¹⁻¹²⁾ — dever que é cumprido, frequentemente, através da repressão penal da infracção. Nesse caso, há que ressaltar que a directiva não pode fundar nem agravar, por si própria e antes de ser transposta, a responsabilidade penal de alguém que violou os seus comandos ⁽¹³⁾.

1.3. Podemos afirmar que nenhuma destas formas de incidência indirecta do direito comunitário sobre o direito penal dos Estados-membros é determinada por um discurso jurídico-penal autónomo. Trata-se

⁽¹¹⁾ Cf. a interpretação do artigo 5.º do TCE avançada pelo TJ no *Acórdão* de 21-9-1989 (proc. 68/88, col. 1988, p. 2965), segundo a qual os Estados-membros devem reprimir as violações do direito comunitário nas mesmas condições por que o fazem relativamente ao direito nacional; cf. também *infra*, III, 1.3.

⁽¹²⁾ A violação deste dever levou o TJ a condenar o Estado Grego por não ter perseguido disciplinar ou penalmente o desvio de montantes compensatórios efectuado através da declaração de dados falsos sobre a proveniência do milho exportado: cf. ZULEEG, *cit.* [n. 5], p. 55 e s. O mesmo raciocínio conduziu à condenação do Estado Alemão por não haver instituído um sistema sancionatório nacional no âmbito da organização comunitária do mercado de vinho: cf. SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 50 e s.

⁽¹³⁾ Cf. ZULEEG, *cit.* [n. 5], p. 50 e s., que cita o caso das águas minerais holandesas (*Decisão* do TJ de 8 de Outubro de 1987, proc. 80/86); cf. também SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 42 e 44.

Curiosamente, as *Conclusões* do Advogado-Geral M. Elmer no proc. C-168/95, apresentadas em 14 de Março do corrente, preferem negar o efeito directo de uma directiva não transposta que agrava a posição do arguido por força da inexistência, no caso, de «disposições incondicionais e suficientemente precisas», escusando-se, por essa via, a avaliar o problema do efeito directo de directivas que fundam ou agravam a responsabilidade penal do arguido (cf. pontos 29 e segs. das *Conclusões*).

antes de consequências secundárias, que decorrem de uma concepção comum do estado de direito e de uma regulamentação geral da actividade sócio-económica. Os efeitos penais (negativos e positivos) do direito comunitário não devem, portanto, ser encarados como elementos de um pretense sistema penal comunitário em vias de lento desenvolvimento: eles consubstanciam, muito simplesmente, uma certa «*comunitarização*» do direito penal interno ⁽¹⁴⁾. Consequentemente, o presente relatório não abordará tais efeitos. O interesse que o tema pode suscitar reside, em nossa opinião, nas questões da *possibilidade* e da *necessidade* de um *direito comunitário penal*.

III. A possibilidade de um direito comunitário penal

1. Existe um consenso bastante alargado em torno da ideia segundo a qual *os tratados não conferem às instituições comunitárias o poder de legislar em matéria penal, ou, ao menos, de sancionar directamente certas condutas com penas criminais* ⁽¹⁵⁾.

1.1. Em primeiro lugar, é verdade que algumas disposições do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço [TCECA], nomea-

⁽¹⁴⁾ HENRI LABAYLE, «L'application du titre VI du Traité sur l'Union européenne et la matière pénale», in: *Vers un droit pénal communautaire?* (sous la direction de M. Delmas-Marty), 1995, p. 42 e s. (publicado também na *Rev. sc. crim.* (1), jan.-mar. 1995).

⁽¹⁵⁾ O TJ reafirmou-o várias vezes: cf., v. g., o *Acórdão Casati* (AcTJ de 11-11-1981, proc. 203/81). Cf. também ZULEEG, *cit.* [n. 5], p. 43; GIOVANNI GRASSO, in: *Europäische Einigung... cit.* [n. 2], p. 145; LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 42 e s.; e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *cit.* [n. 4], p. 344; contra, BOSCARRELLI, «Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats-membres», in: *Droit communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, Milano-Bru-xelles, 1981, p. 91 e s.

Diferente seria a conclusão se o Tratado da Comunidade Europeia de Defesa [TCED], assinado em Paris em 27 de Maio de 1952, se encontrasse em vigor, dadas as disposições previstas nos artigos 18.º e 19.º do Protocolo Jurisdicional anexo ao Tratado.

damente os seus artigos 58.º, § 4, 65.º, § 5, e 66.º, § 6, prevêem sanções pecuniárias para certas violações do Tratado e das decisões tomadas pela Comissão, e o artigo 95.º, § 2, atribui à Comissão o poder de aplicar sanções em determinadas situações descritas com precisão. O artigo 87.º, n.º 2, al. a), do TCE também atribui ao Conselho o poder de cominar «multas» e «adstricções» para garantir a eficácia dos regulamentos e das directivas que adopte no domínio da defesa da concorrência (16).

No entanto, partilhamos a opinião expandida pela doutrina largamente dominante, segundo a qual as sanções previstas por estas normas não constituem penas criminais, mas sim sanções de tipo administrativo (17), semelhantes às *Büße* cominadas para as *Ordnungswidrigkeiten* do direito alemão e às *coimas* aplicáveis às *contra-ordenações* do direito português (18). Em suma: trata-se de sanções pecuniárias ou de interdição do exercício de actividades, que reprimem condutas descritas na lei, criadas para proteger interesses tipicamente administrati-

(16) Cfr. os artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do TCE.

(17) Os regulamentos do Conselho que prevêem as sanções citadas (v. g., o Reg. n.º 17, de 6-2-1962, artigo 15.º) declaram expressamente que as decisões que as aplicam «não têm carácter penal». Apesar de não se dever atribuir a este argumento formal um peso decisivo na resolução do problema, cremos que o consenso gerado em torno do carácter não-penal destas medidas (aí se incluindo a jurisprudência do TJ) nos dispensa de empreender uma investigação mais aprofundada: cf. sobretudo GRASSO, *Comunità... cit.* [n. 7], p. 48 e ss., com indicação de bibliografia; cf. também ZULEEG, *cit.* [n. 5], p. 43 e s., e MÁRIO PAULO TENREIRO, «Crime de aborto e direito comunitário», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2 (1992), p. 358 [n. 11].

(18) Cf. os autores citados na nota anterior. RYZIGER (*cit.* [n. 5], p. 219) traduz a mesma ideia utilizando a expressão «direito disciplinar económico». Já se censurou o emprego de categorias e de esquemas provenientes do direito nacional e do direito internacional convencional para explicar o funcionamento da ordem jurídica comunitária, a qual deveria compreender-se atendendo unicamente ao direito positivo comunitário (LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 36). Em nosso entender, tal censura é desprovida de fundamento, pois é justamente a enorme riqueza das categorias «inventadas» pelos diversos direitos nacionais que pode permitir o progresso do direito comunitário. A criação de um direito radicalmente novo, estañque em relação às culturas jurídicas dos Estados-membros e susceptível de ser deduzido dos textos em toda a sua pureza, constitui uma fantasia e recorda os procedimentos de um método jurídico caduco.

vos, aplicadas pelos agentes da administração através de decisões susceptíveis de recurso perante uma jurisdição comum (não-administrativa) (19). Da mesma forma, o artigo 172.º do TCE não pretende atribuir ao Conselho uma competência genérica para criar sanções penais; o escopo da norma é apenas o de conferir a este órgão o poder de atribuir ao TJ plena jurisdição relativamente aos regulamentos adoptados ao abrigo das normas dos tratados que lhe permitem, expressa ou implicitamente, cominar sanções: o artigo 87.º, n.º 2, evidentemente, mas talvez também os artigos 40.º, § 3, 49.º e 51.º, e «todos os que lhe conferem o poder de adoptar 'todas as medidas necessárias' em certo domínio ou para alcançar certo fim» (20).

De toda a maneira, parece conveniente lançar um alerta: a CE não pode sucumbir à tentação de criar (ou de aplicar) verdadeiras penas pecuniárias «camufladas» sob o nome de «multas administrativas» (21).

1.2. Já se pretendeu inferir a existência de uma *competência penal restrita* dos artigos 100.º-A (adopção, pelo Conselho, de medidas relativas à aproximação das legislações para o conseguimento do mercado interno) e 101.º (procedimento relativo à verificação de uma distorsão

(19) Este tipo de direito sancionatório parece talhado para servir os propósitos do direito comunitário na maior parte dos casos onde aí se faz sentir a necessidade de prever sanções: trata-se de proteger pretensões análogas aos interesses de modelação social e económica prosseguidos pela administração nos estados contemporâneos, interesses esses que se inscrevem em programas de oportunidade e que não possuem dignidade penal. Em contrapartida, há que assegurar a protecção dos particulares, nomeadamente através das garantias essenciais dispensadas pelo direito e processo penais. O emprego de um ordenamento semelhante pelas instituições comunitárias — ao qual poderíamos chamar *direito comunitário de ordenação* — mereceria acolhimento, porque permitiria, além do mais, evitar uma hipertrofia indesejável da legislação penal. Sobre a construção de um sistema comunitário de sanções, baseado nas *Ordnungswidrigkeiten* alemãs, cf. as interessantes sugestões de GRASSO, *Comunità... cit.* [n. 7], p. 91 e ss.

(20) Assim, GRASSO, *Comunità... cit.* [n. 7], p. 84 e ss.; acerca da polémica que envolve a interpretação do artigo 172.º do TCE, cf. SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 33 e ss.

(21) Sublinhando a natureza «penal e preventiva» de algumas «multas» já aplicadas, nomeadamente em virtude do montante a que ascendem (30 milhões de ECU), SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 33, na esteira de Mulder.

da concorrência provocada pela disparidade das legislações nacionais) do TCE (22). Mas tal inferência é de bondade mais que duvidosa. Com efeito, tratando-se de um assunto tão melindroso, se os Estados houvessem querido dotar a CE de uma competência penal, tê-la-iam certamente previsto de forma indubitável e específica — e não através de uma formulação genérica, que nem sequer inclui as palavras «sanção» ou «pena» (23).

1.3. Aliás, a inexistência de uma competência penal da Comunidade no TCE é confirmada pela forma por que os Estados-membros quiseram conceber a competência da Comunidade em matéria penal no Tratado de Maastricht. Efectivamente, a arquitectura do título VI do Tratado da União Europeia não permite duvidar de que os Estados tenham querido excluir uma competência penal da Comunidade, ainda que hajam manifestado o desejo de instituir uma cooperação mais intensa nesta matéria (24). Apesar de se considerar a luta contra a fraude de dimensão internacional e a cooperação judiciária em matéria penal como «questões de interesse comum» (artigo K.1, n.os 5 e 7), todo o edifício se encontra construído sobre a «cooperação» intergovernamental (artigo K), enquadrada pela «coordenação» do Conselho — expressões que «não são neutras em direito comunitário» (25). Além disso, há que notar que a Comissão se encontra privada, em matéria de cooperação judiciária penal, do poder de iniciativa que normalmente caracteriza a sua actividade (artigo K.3; 2, § 2).

Enfim, o artigo 209.º-A, § 1, não pode ser interpretado como uma imposição feita aos Estados-membros de criminalizar as fraudes contra os interesses financeiros da Comunidade. Esta norma significa apenas que os Estados-membros devem tomar, a esse respeito, *medidas análogas*

(22) Neste sentido, SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 54 e ss., e TENREIRO *cit.* [n. 17], p. 360 (n. 18).

(23) Neste sentido, LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 42 e ss. Veja-se, a título de comparação, a atribuição *expressa* de competências penais prevista pelo TCED (cf. *supra*).

(24) Cf. LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 51.

(25) LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 45.

às que adoptam para reprimir as fraudes contra os seus próprios interesses financeiros. A imprecisão da expressão «medidas análogas» deixa aos Estados-membros uma margem de apreciação que pode conduzir à adopção de medidas puramente administrativas (26). Aliás, pode pôr-se a questão de saber se a consagração desta norma terá marcado o «ponto final no caminho para um direito penal europeu, ou se se trata muito simplesmente de relembrar aos Estados-membros a existência de um dever ao qual já se encontravam obrigados pelo direito comunitário anterior» (27). Relativamente ao espaço deixado a futuras acções comunitárias neste domínio, o § 2 do mesmo artigo retoma a ideia de «coordenação» intergovernamental, à qual a Comissão deve prestar a sua «ajuda»... A harmonização da matéria penal não poderia, pois, fundar-se nesta norma (28).

1.4. Posto isto, como «não é discutível que as competências comunitárias são competências de atribuição estabelecidas pelos tratados fundadores» (29), há que concluir que, actualmente, a CE não possui competência para criar legislação penal em sentido estrito (*sc.*, cominar reacções criminais para a prática de certas condutas). Quer isto dizer que, para que a CE possa vir a proibir determinadas condutas através de normas penais, afigura-se absolutamente necessário que os Estados-membros introduzam nos tratados uma norma que expressamente lhe atribua tal competência. Se uma instituição comunitária legislasse em matéria penal, criando novas incriminações, esse acto legislativo poderia (deveria) ser anulado pelo Tribunal de Justiça com fundamento na incompetência do órgão (artigos 173.º e 174.º do TCE).

Além disso, o Tratado de Maastricht, reforçando a jurisprudência que vem sendo desenvolvida pelo Tribunal de Justiça (30), prevê,

(26) Neste sentido, LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 45.

(27) ZULEEG, *cit.* [n. 5], p. 47.

(28) Cf. LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 46.

(29) LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 41.

(30) Sobre a história pormenorizada desta evolução da jurisprudência, que introduziu progressivamente o respeito pelos direitos do homem como princípio

no artigo F, que a União respeitará, *enquanto princípios gerais do direito comunitário*, «os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (...) e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros» (itálicos nossos). Ora, perante a actual repartição de competências no seio da CE, nenhuma das instituições titulares de competências normativas (o Conselho e a Comissão) preenche as condições de legitimidade exigidas pela maioria das constituições dos Estados-membros para legislar em matéria penal⁽³¹⁾. Assim, a criação de uma incriminação por uma instituição comunitária violaria também um princípio de direito comunitário.

2. Atendendo a que as tendências políticas actuais permitem encarar a concessão de uma competência legislativa em matéria penal às instituições da CE como uma possibilidade real, levanta-se, de imediato, uma questão: qual deverá ser a amplitude dessa competência? Dever-se-á acolher uma solução maximalista, que tenderá a substituir, a longo prazo, o direito penal interno dos Estados-membros por um direito penal comunitário, ou, mais prudentemente, restringir a intervenção das instâncias comunitárias a alguns domínios rigorosamente delimitados?

Creemos que só a segunda solução é sustentável. E isto por duas razões: uma, decorre da própria natureza da lei penal; a outra, dos princípios que regem a instituição da Comunidades.

2.1. *Primo*: não pode esquecer-se que a lei penal é seguramente aquela que encarna de forma mais imediata os valores e a cultura jurídica de um povo. É certo que a cultura jurídica europeia é bastante

regulativo da ordem jurídica comunitária, cf. MARCO DARMON, «La prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice des Communautés européennes», in: *Vers un droit pénal communautaire?*, cit. [n. 14], p. 23 e ss., e GRASSO, *Comunità... cit.* [n. 7], p. 57 e ss.

⁽³¹⁾ Cf. GRASSO, *Comunità... cit.* [n. 7], p. 56 e s. e 63 e ss.

homogénea; todavia, em cada nação, existem especificidades irreduzíveis que seria perigoso ignorar⁽³²⁾:

- do ponto de vista do elenco das condutas puníveis;
- do ponto de vista das penas, das suas espécies e da sua severidade;
- do ponto de vista do sistema de execução das penas, tendo em conta a desigualdade dos recursos de que cada país pode dispor;
- e, finalmente, do ponto de vista do processo penal, sobretudo se não nos esquecermos que este ramo do sistema penal se encontra intimamente ligado ao direito constitucional e desempenha, por isso, uma função de garantia dos direitos dos cidadãos.

Aliás, não podemos esquecer-nos de que essas especificidades, longe de constituírem «caprichos» nacionais, são frequentemente expressão da identidade nacional dos Estados-membros que a União, segundo o comando do artigo F do TUE, deve respeitar. A título de exemplo: aceitaria o Reino Unido um modelo de processo penal em que o Ministério Público devesse investigar *à charge et à décharge*? É lícito supor que não.

2.2. *Secundo*: um dos princípios mais importantes do direito comunitário é o princípio da intervenção subsidiária da Comunidade⁽³³⁾. Em nosso entender, basta atentar nos problemas postos pela diversidade jurídica e cultural existente entre os Estados-membros para concluir que a Comunidade não se encontra mais bem posicionada do que os primeiros para legislar genericamente em matéria penal. Ao contrário, as instituições comunitárias encontram-se muito mais afastadas da realidade sócio-cultural de cada país do que as instituições do Estado respectivo. Por outras palavras: a Comunidade não pode prevenir nem reprimir o fenómeno criminal, *em geral*, mais eficazmente do que o faria um Estado-membro.

⁽³²⁾ Cf. ULRICH SIEBER, «Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht», *ZstW*, 103 (1991), p. 957.

⁽³³⁾ Cf. artigo G B, 5), do TUE. Sublinhando também a importância deste princípio na construção de um direito comunitário penal, ULRICH SIEBER, *cit.* [n. 32], p. 960 e ss.

2.3. Deste modo, a solução maximalista deve ser rejeitada sem hesitação⁽³⁴⁾. O que não impede, evidentemente, que os Estados-membros intensifiquem a cooperação em matéria penal em diversos domínios, designadamente no que diz respeito à criminalidade internacional (tráfico de estupefacientes, terrorismo, criminalidade económica, etc.), seja através da harmonização convencional das ordens jurídicas nacionais⁽³⁵⁾, seja através de uma mais intensa conjugação de esforços na perseguição dos infractores⁽³⁶⁾. Tal cooperação deverá produzir-se, todavia, pela «via tradicional» dos acordos e protocolos interestaduais, respeitando a soberania nacional dos Estados.

IV. A necessidade de um direito comunitário penal

1. A rejeição de uma solução maximalista não significa que à Comunidade⁽³⁷⁾ não possa ser atribuída uma competência penal. Aliás, são cada vez mais numerosas as vozes que exigem que a Comunidade seja dotada de uma competência penal para assim poder pro-

⁽³⁴⁾ Neste sentido, cf. VAGN GREVE, «Legal Harmonization in the Field of European Criminal Law», in: *Europäische... cit.* [n. 2], p. 107 e ss., com a concordância do Prof. Dr. Joachim Hirsch, quando interveio no «Gründungssymposium der Vereinigung für Europäisches Strafrecht e. V.» (*ult. op. cit.*, p. 122).

⁽³⁵⁾ A Comissão encetou este caminho ao apresentar, em 7 de Julho de 1994, uma «Proposta de acto do Conselho da União Europeia que estabelece a Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades».

⁽³⁶⁾ A qual é susceptível de exigir o auxílio das instituições comunitárias, nomeadamente da Comissão, que podem ser instadas a colaborar com um Estado-membro num processo penal que tenha por objecto uma violação do direito comunitário (*Decisão* do TJ de 13 de Julho de 1990, proc. C-2/88 (*caso Zwartveld*): cf. ZULEEG, *cit.* [n. 5], p. 57, e SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 49). Cf. também a *Decisão* do TJ de 10 de Fevereiro de 1983, proc. 230/81, que estabelece que os Estados-membros e as instituições comunitárias se encontram ligados por deveres recíprocos de leal cooperação.

⁽³⁷⁾ À Comunidade, e não à União, visto que esta é destituída de personalidade jurídica: cf. LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 41. Advogando a necessidade de atribuição de personalidade jurídica à UE, F. LUCAS PIRES, *Portugal e o Futuro da União Europeia*, 1995, p. 103.

teger eficazmente os seus interesses próprios — isto é, o orçamento comunitário e uma determinada regulamentação de algumas actividades económicas (nomeadamente, no domínio da agricultura e da concorrência)⁽³⁸⁾.

A este propósito, é curioso notar que tal reivindicação de uma intervenção legislativa comunitária autónoma em matéria penal não visa revelar (nem fundar) um *ethos* jurídico europeu. Ela é determinada pelos mesmos interesses que tornaram necessária a instituição de uma ordem jurídica comunitária: os interesses que relevam da criação de um espaço económico comum. Assim, alguns autores, lamentando a falta de coragem dos Estados-membros para ir mais longe nesta matéria quando da celebração do Tratado de Maastricht, sustentam do mesmo passo que devem ser atribuídas competências penais às instituições comunitárias porque esse seria o único meio (i) de proteger eficazmente os interesses financeiros da CE contra a fraude e (ii) de evitar a distorsão da concorrência causada pelas disparidades entre os sistemas penais dos Estados-membros.

2. É inegável que aqueles que clamam por uma competência penal comunitária o fazem para responder a problemas muito precisos, nomeadamente a protecção dos interesses financeiros da Comunidade (bem jurídico «institucional»), o funcionamento do sistema de subsídios e a eliminação das distorsões da concorrência (bens jurídicos «que emergem da actividade normativa da CE») ⁽³⁹⁾.

Antes de mais, há que reconhecer que se trata de bens jurídicos próprios da Comunidade. É indiscutível que a CE — entidade dotada de personalidade jurídica — é titular de uma pretensão autónoma e legítima de não ver os seus interesses financeiros lesados por condutas fraudulentas; os recursos próprios da Comunidade (os impostos cobrados sobre as tarifas alfandegárias comuns, a percentagem do IVA per-

⁽³⁸⁾ Cf. ZULEEG, *cit.* [n. 5], p. 53 e s.; KLAUS TIEDEMANN, «Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiete des Agrarmarktes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», in: *Festschrift für Gerd Pfeiffer*, 1988, p. 101 e ss., e LUCAS PIRES, *cit.* [n. 37], p. 132 e 174.

⁽³⁹⁾ As expressões entre aspas pertencem a GRASSO, *Comunità... cit.* [n. 7], p. 9 e ss.

cebido pelos Estados-membros, etc.) merecem uma protecção análoga à que é dispensada aos interesses fiscais dos Estados ⁽⁴⁰⁾.

Seguidamente, o TCE dispõe claramente, no artigo 3.º, al. f), que um dos objectivos da acção comunitária é o estabelecimento de um regime que possa garantir que a concorrência não seja falseada no mercado comum. Ora o sistema de subsídios, corrigindo as desigualdades «naturais» presentes no mercado, constitui hoje um instrumento indispensável para garantir a concorrência ⁽⁴¹⁾. Os danos provocados pelo desvio fraudulento de subsídios devem pois ser medidos não pela diminuição patrimonial sofrida pela CE, mas pela frustração das metas económicas (e sociais) que esta se propunha atingir ao conceder os últimos ⁽⁴²⁾.

Enfim, a concorrência pode ser falseada pela disparidade das normas penais previstas pela legislação de cada Estado-membro, que resulta na coexistência de sistemas penais de «alta e de baixa pressão» ⁽⁴³⁾. Assim, as empresas nacionais de um Estado que prossegue uma política «suave» na perseguição penal das infracções ao direito comunitário, v. g., em matéria de controle da qualidade dos produtos não sentirão necessidade de investir neste domínio — e poderão, como é evidente, vender os seus produtos em condições vantajosas relativamente às empresas nacionais dos Estados-membros que intervêm de forma mais dura contra a violação das regras comunitárias.

Todos estes danos devem ser levados a sério. Por um lado, é insustentável que os nacionais de um estado possam beneficiar fraudulentamente dos fundos comunitários pelo facto de esse estado não cumprir o seu dever de velar pela defesa dos interesses financeiros da CE. Por outro lado, as responsabilidades assumidas nos Tratados pelos Estados-membros no que respeita à protecção da concorrência

⁽⁴⁰⁾ Assim, GRASSO, *Comunità... cit.* [n. 7], p. 12.

⁽⁴¹⁾ Cf. KLAUS TIEDEMANN, «La recente evoluzione del diritto penale dell'economia in Germania con particolare riferimento al diritto penale delle società commerciali», in: *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p. 118.

⁽⁴²⁾ Neste sentido, PEDRAZZI, «Problemi di tecnica legislativa», in: *Comportamenti economici... cit.* [n. 41], p. 33.

⁽⁴³⁾ A expressão é de A. LAMASSOURE, citado por LABAYLE, *cit.* [n. 14], p. 43.

não lhes permitem parar a meio caminho; ao contrário, os Estados encontram-se obrigados a adoptar todas as medidas *necessárias* para assegurar a efectividade de tal protecção.

Por último, as objecções postas à atribuição de uma competência penal à CE em virtude da protecção dos direitos fundamentais nem sempre são bem fundadas. Com efeito, como já notámos, assiste-se a um aumento da criação de sanções «administrativas» que se mostram por vezes extremamente pesadas. Ora, pareceria talvez preferível dotar os procedimentos que conduzem à sua aplicação das garantias fornecidas pelo direito penal, já que estas não têm forçosamente de ser respeitadas pelo direito administrativo (v. g., os princípios da legalidade, da interpretação estrita das normas desfavoráveis, da culpa, etc.).

3. Todavia, estas considerações não implicam automaticamente o emprego de uma lei comunitária penal para reprimir as lesões dos interesses comunitários referidos.

3.1. A atribuição de uma competência penal autónoma à CE através de uma modificação dos Tratados não poderia dispensar a instituição de um procedimento de elaboração do direito democraticamente legítimo, de forma a respeitar as garantias e as tradições constitucionais dos Estados-membros. Tal procedimento teria certamente de integrar uma intervenção decisiva do Parlamento Europeu ⁽⁴⁴⁾.

3.2. Em seguida, esta competência penal deveria limitar-se à protecção de bens jurídicos próprios da CE claramente identificados (aqueles que já referimos), respeitando assim o princípio da subsidiariedade da intervenção comunitária.

3.3. Em terceiro lugar, a competência para criar novas incriminações deveria ser limitada por uma cláusula expressa de necessidade e de subsidiariedade do emprego de reacções penais — princípio polí-

⁽⁴⁴⁾ Neste sentido, FRANCISCO DE ANGELIS, *cit.* [n. 2], p. 97.

tico-criminal que constitui já, podemos afirmá-lo, um dos pilares do direito constitucional dos Estados-membros. De outro modo, conhecido o «apetite legiferante» da CE, correr-se-ia o risco de perder, a nível comunitário, os progressos que têm sido obtidos na ordem interna com o movimento de descriminalização.

A este propósito, não podem menosprezar-se as virtualidades apresentadas por um direito administrativo sancionatório externo, que reprime as infracções a uma certa ordenação da vida social imposta pela administração segundo critérios de oportunidade (as *Ordnungswidrigkeiten* do direito alemão e as *contra-ordenações* do direito português). A instituição de um ordenamento análogo no direito comunitário permitiria uma maior flexibilidade dos procedimentos — respeitando embora, dada a sua natureza sancionatória, as garantias essenciais próprias do direito penal — e evitaria os efeitos perniciosos causados pela criminalização de condutas desprovidas de ressonância ética.

3.4. Seguidamente, a via da assimilação dos interesses comunitárias aos dos Estados-membros poderá resolver, segundo cremos, a maior parte dos problemas levantados pela fraude contra os interesses financeiros da CE. Dotada da respectiva competência, a CE poderá impor aos Estados a adopção de medidas penais precisas, na ordem interna, de modo a reprimir essa fraude como se se tratasse de condutas criminosas contra os fundos públicos do Estado.

No que toca à distorsão da concorrência, a via da harmonização dos sistemas penais parece mais apropriada. Neste domínio, tratar-se-ia antes de impor a criminalização de certas condutas (como, p. ex., a exploração do trabalho infantil ⁽⁴⁵⁾) e uma certa uniformização das sanções penais aplicáveis e dos deveres de perseguição penal.

3.5. Enfim, chegamos ao último passo. Se, depois de ter ponderado o mandamento da subsidiariedade da intervenção comunitária, os prin-

⁽⁴⁵⁾ O exemplo não foi escolhido ao acaso. Ele pretende ilustrar a forma pela qual o direito comunitário pode alcançar, através da regulamentação da actividade económica, soluções que os Estados não têm a coragem — ou os meios políticos — de impor e que se mostram todavia inadiáveis.

cípios da necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade da lei penal e as vias da assimilação e da harmonização, as instituições comunitárias concluíssem que a protecção dos seus interesses financeiros ou da concorrência exigiria a criação de uma incriminação autónoma no direito comunitário, elas encontrar-se-iam legitimadas para legislar através dos órgãos e do procedimento escolhidos pelos Estados para esse efeito.

Decerto que não será possível evitar uma certa desigualdade na aplicação da lei pelos Estados-membros. As especificidades nacionais do direito (não só penal) de cada Estado virão inelutavelmente à tona. Ainda que se possa (tentar) regular, a propósito de cada norma incriminatória, questões como as da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, da punibilidade da tentativa e da cumplicidade... o que é uma pessoa jurídica? O que são a tentativa e a cumplicidade? Poder-se-á converter a pena de prisão eventualmente aplicável numa pena de multa? Deve o Ministério Público conduzir a investigação segundo um princípio de objectividade (*à charge et à décharge*)? Em suma: a desigualdade na aplicação do direito penal constituirá um custo que a preservação da identidade nacional impõe à CE, pelo menos enquanto não existir um sistema de direito comunitário penal. E esse sistema — não tenhamos pudor em afirmá-lo — só pode ser construído através da harmonização, não do direito penal positivo dos Estados-membros, mas da ciência penal europeia ⁽⁴⁶⁾.

3.6. Feitas as contas, as inevitáveis dificuldades que a concessão de uma competência penal à CE acarretaria não são suficientes para a

⁽⁴⁶⁾ A aproximação dos sistemas penais europeus é uma ambição antiga, que, apesar dos sucessivos fracassos das duas últimas décadas (onde se inclui a «morte prematura» [SEVENSTER, *cit.* [n. 2], p. 38] do modelo de Código Penal para a Europa), conhece agora avanços que, embora lentos, não deixam de ser notáveis. Cite-se, a título de exemplo, o relatório da delegação portuguesa apresentado nas V Jornadas Latinas de Defesa Social por A. M. ALMEIDA COSTA, publicado nesta *Revista* sob o título «Alguns princípios para um direito e processo penais europeus» (RPCC, 4 [1994], p. 199 e ss.), e o recente estudo de JOACHIM VOGEL, «Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinem Teil des Strafrechts», *Juristenzeitung*, 50 (1995), p. 331 e ss.

rejeitar, desde que tal atribuição respeite as condições descritas. Por outro lado, os inconvenientes que estas cautelas implicam não podem ser sobrestimados: afinal, a CE é uma comunidade de Estados que representam nações dotadas de uma identidade multissecular e deve por isso suportar — orgulhosamente! — os custos dessa diversidade.

Se se prosseguir, também neste domínio, o «método dos pequenos passos», a competência comunitária penal que acabámos de esboçar não deixará muito espaço aos perigos que todos tememos. Ainda não chegou o tempo de os estados europeus correrem o risco de cometer o erro do Rei Lear, que, depois de haver repartido a sua coroa pelas filhas, se deu conta de que ficara com poder nenhum e se tornara, por isso, inexistente.