O BEM JURÍDICO-PENAL EUROPEU E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA PENAL DA UNIÃO EUROPEIA

The european criminal legal object and the law-making competence in criminal matters of European Union

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 129/2017 | p. 409 - 434 | Mar / 2017
DTR\2017\388

Paulo Maycon Costa da Silva
Doutorando em Direito – Ciências jurídico-criminais – Universidade de Coimbra. Mestre em Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte. Professor de Direito Penal e Processual Penal da FANEC/RN.Professor no Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Potiguar (UNP). pmaycon@hotmail.com

Área do Direito: Internacional; Penal
Resumo: Este estudo versa sobre o direito penal europeu. Trata-se de ramo novo da ciência jurídica. Com a consolidação do espaço de liberdade, segurança e justiça, no Tratado de Lisboa de 2007, tem-se um direito penal europeu emergente, mas com problemas na sua incidência e extensão. Sua construção técnico-jurídico passa necessariamente pela delimitação do bem jurídico digno de tutela penal. Neste paper, tenta-se demonstrar, a partir dos Tratados da União Europeia, uma diretriz à sistematização deste bem jurídico-penal europeu, marcado sobretudo pelos princípios da necessidade e da subsidiariedade do direito penal. O direito penal europeu interfere por meio das suas diretivas nas bases das legislações nacionais, sem embargo de sua efetividade perante os órgãos da União, especialmente no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Palavras-chave: Direito penal europeu - Bem jurídico - Princípios da necessidade e da subsidiariedade.
Abstract: This study deals with the european criminal law. This is new branch of legal science. With the consolidation of security, freedom and justice in the Treaty of Lisbon 2007, has been an emerging european criminal law, but with problems in its incidence and extent. His technical and legal construction, necessarily involves the definition of decent legal and criminal protection. In this paper, we try to demonstrate, from the EU Treaties, a guideline the systematization of this object legal european criminal, especially marked by the principles of necessity and subsidiarity of criminal law. The European criminal law intervere through its policies on the basis of national legislation, notwithstanding its effectiveness before the bodies of the Union, especially in the Court of Justice of the European Union.

Keywords: European criminal law - Legal object - Principles of necessity and subsidiarity.
Sumário:

1 Considerações iniciais - 2 O bem jurídico-penal europeu: uma construção necessária - 3 Os princípios da necessidade e da subsidiariedade no âmbito do direito penal europeu: uma abordagem pós Tratado de Lisboa - 4 Considerações finais - 5 Referências bibliográficas

1 Considerações iniciais

O manifesto sobre a política criminal europeia publicado em 2009 é o ponto de partida do presente estudo.[1] Preocupados com os (des)caminhos do direito penal europeu,[2] notadamente no que se refere aos princípios básicos de política criminal (direito penal material e direito processual penal), um grupo de 19 penalistas, professores e pesquisadores oriundos de dez dos Estados membros da União Europeia (UE), formaram

no ano de 2008 na cidade de Munique o European Criminal Policy Initiative com o desiderato de analisar criticamente a política criminal da UE.

Partiram da premissa segundo a qual subsiste uma plataforma dogmática que estrutura a civilização europeia da qual as medidas legislativas penais "comunitárias" não podem se distanciar. "Legitimação democrática", "Estado de Direito", "Princípios de Política Criminal" podem ser evocados como "pontos inegociáveis" relativamente à construção do direito penal europeu.

Propõem, nessa senda, os seguintes princípios: o princípio da necessidade de uma tutela legítima, o princípio da ultima ratio, o princípio da culpabilidade, o princípio da legalidade, o princípio da subsidiariedade e o princípio da coerência. Todos, no sentido de emprestar legitimidade às medidas legislativas (diretivas ou regulamentos) do legislador europeu no campo do direito penal.

Em relação ao direito europeu, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000),[3] o Tratado da União Europeia (2007) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2007), na presente quadra da história, representam a gramática jurídica de onde emerge e para onde deve, em tese, desaguar toda e qualquer construção hermenêutica do direito europeu.[4]

No art. 2.º do TUE repousa os princípios (valores) que norteiam a União Europeia: a) dignidade humana; b) liberdade; c) democracia; d) igualdade; e) Estado de Direito; f) direitos do Homem; g) direitos das minorias; h) pluralismo; i) não discriminação; j) justiça; l) tolerância; m) solidariedade. Esses, por razões axiológicas e normativas, devem ser considerados na elaboração de qualquer política criminal.[5] De conseguinte, na aferição do bem jurídico digno de tutela penal, tais valores comunitários serão sopesados, sob pena de sua "desjuridicidade".

O presente estudo se propõe a explanar o tema "bem jurídico-penal europeu",[6] com maior ênfase aos tratados firmados em Lisboa, na medida em que se tornaram a base jurídica do direito europeu.[7] Para, ao cabo, discorrer sobre os princípios da necessidade e da subsidiariedade[8] dentro da competência legislativa da União Europeia, porquanto essenciais ao seu correto desenho técnico-jurídico.[9]

2 O bem jurídico-penal europeu: uma construção necessária

Com efeito, o art. 3.º, n.º 2, do TUE é significativo para o direito penal europeu, porquanto desenha o "Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ)", nestes termos: "União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno".

Prevenir e combater a criminalidade envolve, necessariamente, o direito penal substancial. Daí porque, vê-se com pertinência a preocupação do European Criminal Policy Initiative quando sustenta a observância de princípios de política criminal endereçados ao Parlamento e ao Conselho Europeu. Pois, no afã de prevenir e combater a criminalidade como critério essencial ao "Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça", não se pode ignorar sobreditos postulados caros à dogmática penal, que na visão de Anabela Miranda Rodrigues corresponde a "um marco na perspectiva de um futuro sistema de justiça penal europeia".[10]

No ponto, convém recordar as lições – consistentes como sempre – de Jorge de Figueiredo Dias, para o qual, no estudo sobre o paradigma penal das sociedades democráticas, tem-se como teses essenciais: (i) uma política criminal, com categorias básicas da doutrina do crime, determinadas e cunhadas pelo sistema; (ii) proteção subsidiária de bens jurídico-penais; (iii) aplicação de penas e de medidas de segurança conduzidas exclusivamente por finalidades de prevenção.[11]

O bem jurídico-penal europeu deve, por isso mesmo, estar previsto de maneira precisa, para evitar um desencontro com a base jurídica contida nos tratados.

Para enxergar os bens jurídico-penais europeus, mostra-se pertinente examinar os "domínios de criminalidade", expressos no art. 83.º do TFUE.[12]

Com isso, integram esse domínio de interesse da política criminal europeia:[13] (a) terrorismo; (b) tráfico de drogas e de armas; (c) branqueamento de capitais; (d) corrupção; (e) contrafacção de meios de pagamento; (f) criminalidade informática e criminalidade organizada. De notar, sem muito esforço, que todos são caracterizados pela transnacionalidade.[14]

É a criminalidade da sociedade de risco. Essa traçada por Jorge de Figueiredo Dias, como uma "sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global".[15] E que pode, mesmo anônima, produzir riscos e ter como "consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida".[16] E mais, nesta nova criminalidade, desenvolvem-se redes ilegais transfronteiriças. "O delinquente pode considerar o mundo inteiro como um terreno de operação",[17] frisa com precisão cirúrgica Anabela Miranda Rodrigues.

É pouco provável que os estados consigam combatê-la – a criminalidade organizada transnacional – sem a cooperação internacional. E menos possível ainda que os conceitos daquele direito penal individualizante possam responder a essa necessidade.[18] E mais, sem uma ação conduzida supranacionalmente, de maneira eficaz e imediata.

O "Programa de Estocolmo de 2010", que contém em sua base um conjunto de diretrizes endereçadas ao Parlamento e à Comissão sobre a construção do espaço de liberdade, segurança e justiça, propõe sob o título "Uma Europa que protege", a "proteção contra a criminalidade grave e organizada", e sublinha como medida a identificação de "tipos de crime contra os quais utilizaram os instrumentos desenvolvidos".[19]

Sem abandonar a premissa do bem jurídico-penal e da subsidiariedade do direito penal, mas com o escopo de solucionar a problemática da carência de proteção da sociedade de risco, Jorge de Figueiredo Dias sustenta que há paralelamente aos bens jurídicos individuais os bens jurídicos coletivos. Em outro dizer, "ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, comunitários, universais, coletivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito".[20]

Destarte, vê-se que subsistem bens jurídico-penais coletivos europeus, bem dimensionados a partir dos domínios da criminalidade contidos no art. 83.º, do TFUE. Todavia, nem todos estão nesse campo normativo. In casu, salta à vista o art. 325.º do TFUE, quando cuida da "luta contra a fraude".

Para combater as fraudes contra os interesses financeiros da UE, por exemplo, que prejudiquem o Banco Central Europeu (BCE), não só a União, como os Estados membros, podem se valer de medidas que ostentem efeito "dissuasor e proporcionem uma proteção efetiva aos Estados membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União" (325.º, n. 1, TFUE).

Com efeito, por meio do art. 5.º do TUE, as competências da União seguem o princípio da atribuição, segundo o qual, não deve exceder as competências outorgadas pelos Estados membros.

No mesmo pensar Pedro Caeiro, quando consigna que "trata-se, desde logo, de um poder atribuído, de acordo com o art. 5.º, do TUE (e não reconhecido), que por isso tem que respeitar o seu título constitutivo".[21]

Beatriz Fernández Ogallar, parte seu exame da mesma premissa, pois a União Europeia goza de uma competência por atribuição, não podendo, por essa razão, intervir em matérias que não possui habilitação prévia pelos Estados membros.[22]

O TUE, nesse sentido, prescreve que "a delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade" (Art. 5.º, 1).

Porém, com fulcro no princípio da subsidiariedade, pode a União intervir no afã de concretizar objetivos suficientemente não alcançados pelos estados.

Então, tem-se como balizas nítidas à competência penal a nível europeu a necessidade da tutela e a subsidiariedade de sua intervenção, como critérios siameses à aferição da "criminalização europeia".

Em sintonia com o Tratado da União Europeia (TUE), caso nos transportemos para o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), observa-se que o Título I trata das categorias e dos domínios de competência da União. Esse Título é de especial importância para o direito penal europeu.

Como dito, a competência da União possui, no primeiro momento, uma natureza atributiva. Isto é, sua competência deriva da União. Está, portanto, delimitada por força do art. 2.º, "1", do TFUE, ao enunciar "quando os tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos; os próprios Estados membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos actos da União".

Isso significa dizer que há competências que são exclusivas da União, como as que tratam da união monetária e da política externa e segurança comum. Os atos nesse domínio são juridicamente vinculativos por vontade expressa do TFUE.

Outras competências, porém, como a que diz respeito ao direito penal substancial, consoante dispõe o Tratado, são compartilhadas com os Estados-membros (2.º, 2). Em destaque, "quando os Tratados atribuam à União competência partilhada com os Estados membros em determinado domínio, a União e os Estados membros podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos".

Esse compartilhamento pode ser vislumbrado no art. 76 do TFUE. Cabe frisar que a competência legislativa no campo específico da cooperação judiciária em matéria penal (82 ao 86 do TFUE), bem como a que diga respeito à cooperação policial (87 ao 89 do TFUE), deve ser avaliada pelos Parlamentos nacionais com espeque no princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

No item 5, aborda-se a competência da União, no sentido de apoiar, coordenar ou completar as ações dos Estados em outros domínios. Por isso, pensamos que a competência vinculativa exclusiva, ou seja, sem a concorrência dos Estados membros, exterioriza-se naquelas contidas no art. 3.º do TFUE.[23]

Em matéria de competência da União, convêm pontuar que o TFUE determinou duas circunstâncias. Na primeira, contida no art. 4.º, "1", observa-se a exclusiva atribuição da União para tratar da (a) união aduaneira; (b) regras com relação à concorrência do mercado; (c) política monetária; (d) recursos e exploração marítima; (e) política comercial comum.

Em outros domínios, como o espaço de liberdade, segurança e justiça, sua competência deve ser compartilhada com os Estados membros (4.º, n. 1, j). Com isso, afasta-se qualquer tentativa de supor a prevalência do direito penal europeu sobre o direito interno dos Estados membros. Daí a pertinência da harmonização das disposições normativas europeias e estatais respectivas.

Nesse ponto, incide, sobretudo, o princípio da subsidiariedade. É o que defende o European Criminal Law Initiative Policy, ao sustentar que o legislador nacional tem preferência face o legislador europeu, o que torna a legislação penal mais próxima do cidadão.

Isso não significa dizer que os Estados membros podem ignorar as diretrizes fixadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, no campo das "regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça" (83.º, n. 1, TFUE), na intenção europeia de prevenir e combater a criminalidade. Pelo contrário, quando publicadas, devem transpor para o seu direito interno tais standards.

Também, isso não implica dizer que a União está destituída da possibilidade de definir infrações e correspondentes sanções, por meio de regulamentos ou medidas (por que não um código de direito penal europeu?) ao abrigo do art. 325.º, do TFUE.[24]

Cite-se, de igual sorte, o disposto no art. 79, n. 2, "d", do TFUE. Na questão relativa à política de imigração, o tratado autoriza o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio do processo legislativo ordinário, adotar medidas no domínio do "combate ao tráfico de seres humanos, em especial de mulheres e de crianças".

É evidente que aqui estar-se-á a tratar de combate à criminalidade. Consequentemente, de direito penal substancial europeu. Não se deve convir com a ausência de previsão para medidas legislativas penais tão-somente por não estar ao abrigo do art. 83 do TFUE.[25] Ora, quando estruturado efetivamente o Eurojust, com a consequente criação do Parquet Européen (Procuradoria Europeia ou Ministério Público Europeu),[26] não se vislumbrará obstáculos à codificação penal direcionada a combater "as infrações lesivas dos interesses financeiros da União" (art. 86.º, "1", do TFUE).

Para questionar, os Estados devem recorrer ao art. 83, n. 3, do TFUE, por meio do qual podem questionar o projeto de diretiva que "prejudique aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal".[27] Ou, podem recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia,[28] conforme autoriza o art. 19, do TUE. Caso não questionem essas diretivas perante à União Europeia, significará o seu reconhecimento interno por parte do respectivo Estado membro.

Em verdade, houve uma mudança iniciada pela Corte de Justiça da União Europeia e consolidada no Tratado de Lisboa, com a fusão dos pilares, de maneira que a comunitarização do mercado se estende sobre o espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ).[29]

Não obstante a competência penal substancial da União Europeia, a partir do art. 67.º, n. 3, do art. 83.º, n.1, do art. 325, n.1, do TFUE, correspondente aos "bens jurídico-penais europeus", essa circunstância não outorga a União poderes, no sentido de impor medidas normativas penais sem critérios dogmáticos. É aqui, sem dúvida, que os princípios enumerados pelo European Criminal Policy Initiative ganham relevo para dosar essa competência.

Embora a expressão "prevenir e combater a criminalidade" contida nos tratados possam transmitir, prima facie, que a União Europeia está centrada muito mais na efetividade do european criminal law – porquanto não se divisa muita preocupação com os princípios gerais do direito penal – não se pode abrir mão da concepção de bens jurídicos dignos de tutela penal,[30] do princípio da ultima ratio, do princípio da subsidiariedade[31] e do princípio da necessidade da tutela penal legítima, na edificação do direito penal europeu.

Para Sakari Melander a efetividade deve ser a derradeira meta do direito criminal europeu.[32] Pois, se a legitimidade do direito penal europeu corresponder à realização dos seus objetivos, ("prevenir e combater a criminalidade"), a dimensão moral do direito penal pode ser facilmente ignorada. Basicamente, significará que o combate contra o crime poderá ser realizado a qualquer custo, o que não condiz com uma abordagem humana ou racional de uma política de justiça criminal.[33]

Então, mostra-se imperioso à construção do direito penal europeu, colocar sobre a mesa dos debates, essas categorias ou paradigmas da ciência penal, como os princípios

contidos no manifesto sobre a politica criminal europeia.

Por outro lado, não se imagine, em verdade, que a existência de bens jurídico-penais impliquem na intervenção do direito penal. Uma coisa é a identificação de bens dignos de tutela penal, outra é a criminalização do respectivo comportamento. Para criminalizar, faz-se mister a presença do bem jurídico-penal somado a outro critério que consiste na necessidade de tutela penal. Um padrão de criminalização deve corresponder à tutela de um bem jurídico digno de pena e carente de punição.[34] Em outras palavras, para criminalizar impõe-se a presença de um bem jurídico-penal, bem como a necessidade da intervenção do direito penal, como indispensáveis à prevenção e combate à criminalidade.

Por isso, pode-se subscrever a função do direito penal proposta por Jorge de Figueiredo Dias, para o qual "a função precípua do direito penal – e desta deriva o conceito material de crime – reside na tutela subsidiária (de ultima ratio) de bens jurídico-penais".[35]

Então, uma vez delineado o bem jurídico-penal europeu, sobretudo a partir dos domínios de criminalidade contidos no art. 83, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), convêm destacar a pertinência dos princípios da necessidade e da subsidiariedade, no desiderato de melhor observar os limites normativos da competência legislativa em matéria penal da UE.

3 Os princípios da necessidade e da subsidiariedade no âmbito do direito penal europeu: uma abordagem pós Tratado de Lisboa

No que concerne ao princípio da necessidade,[36] propõe o manifesto sobre a política criminal europeia que o legislador europeu somente poderá exercer sua competência em matéria penal quando tutele interesse jurídico fundamental, e notadamente: (a) derive de direito originário da União; (b) não entre em contradição com as tradições constitucionais dos Estados membros e com a Carta Europeia de Direitos Fundamentais; (c) a lesão seja gravemente danosa para a sociedade.

Em relação ao princípio da subsidiariedade, como norte a sua observância, sugere o manifesto que o legislador europeu somente poderá regrar uma medida de cunho penal quando: (a) não seja eficaz no âmbito dos Estados membros; (b) em razão da sua extensão ou a sua eficácia possa ser alcançada de melhor maneira no âmbito da União. Para o manifesto, o princípio da subsidiariedade se respeita quando as formas de criminalidade possuem um especial caráter supranacional e não pode ser sancionada de modo eficaz pelos Estados. Para tanto, menciona o terrorismo internacional[37] e os crimes contra o meio ambiente.[38] Com isso, para que uma diretiva ou regulamento que verse sobre direito penal substancial europeu possa ser editado, deverá ser proporcional ao interesse de proteger esses paradigmas.

É imprescindível, para o European Criminal Policy Initiative, a demonstração pormenorizada do interesse protegido e que o comportamento declinado no caderno substancial do direito penal seja significativo a ponto de merecer punição. Decerto, no momento inexistem dúvidas sobre a existência de competência penal substancial da União Europeia.[39]

Depois de Lisboa, o tema pertinente ao "espaço de liberdade, segurança e justiça", deslocou-se para o Título V do TFUE. Está, agora, organizado em 5 capítulos. O primeiro, dos arts. 67 ao 76, trazem disposições gerais sobre o referido tópico, que representa a espinha dorsal do direito penal europeu. O segundo capítulo cuida das "Políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração" (77.º ao 80.º). O capítulo 3 trata da "cooperação judiciária em matéria civil" (art. 81.º). O 4.º capítulo compreende a "cooperação judiciária em matéria penal" (82.º ao 86.º). E, por último, o capítulo 5 que estabelece regras sobre a "cooperação policial" (87.º ao 89.º).

Na cooperação judiciária em matéria penal, tem-se o princípio do reconhecimento mútuo

das sentenças e decisões, bem como o compromisso de harmonizar as legislações e regulamentos dos Estados, no âmbito do domínio da criminalidade reconhecida pelo direito penal da UE (82.º, TFUE).

Se não pairam dúvidas sobre a existência dessa competência, há problemas na sua extensão e delimitação.[40] Pode a União Europeia editar um Código Penal Europeu? A UE, no combate à criminalidade transnacional, pode exigir dos Estados membros ações que evidenciem essa postura?

Pedro Caeiro vê na jurisdição penal europeia uma jurisdição sui generis. Nesse sentido, se depara com quatro diferenças estruturais relativamente à dicotomia Estado e o ius puniendi. A primeira concerne à sua determinação pelos tratados, com a delimitação de sua materialidade e modo de execução. A segunda com a limitação desses poderes. A terceira diz respeito à "natureza mediata perante a realidade que, em último termo, pretende regular". E a quarta diferença versa sobre a competência da UE em prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros. Para ele, o princípio da especialidade norteia a competência em matéria penal da UE. É que os poderes, a partir dos quais se define as atribuições e competências, decorrem dos tratados.[41]

Para Pedro Caeiro, enquanto que no âmbito da jurisdição penal estatal prevalece o princípio Kompetez-Kompetenz, "a União não dispõe de jurisdição judicativa, do poder de definir certo facto concreto como crime através da efetiva aplicação das normas pertinentes, com vista à imposição das penas aí previstas ao seu agente –, nem de jurisdição executiva, – sc., do poder de fazer cumprir as sanções impostas pela prática de crimes".[42]

Em resumo, para Pedro Caeiro a UE "dispõe apenas de jurisdição prescritiva".[43] Essa característica prescritiva, por isso mesmo, não imediatamente impositiva, ou seja, condicionada consequentemente à regulação estatal, torna a jurisdição penal europeia, emuma "jurisdição de segundo grau ou meta-jurisdição", segundo a qual "consiste no poder de determinar, sob certas condições, os poderes (estatais) que determinam os sistemas jurídico-penais internos".[44]

Há autores, contudo, que sustentam um direito penal verdadeiramente supranacional da UE, como Helmut Satzer e Kai Ambos, com base no arts. 325, n. 4 e 33, do TFUE.[45] É que a redação anterior ao Tratado de Lisboa vedava, no combate à fraude contra o interesse financeiro da União, a incursão no direito penal.[46]

Posição essa, com a qual Pedro Caeiro não concorda.[47] Justifica seu ponto de vista com base em três razões: a) aquela supressão cumpriu uma função enfática, e que por exigir uma interpretação geral do sistema, seria supérflua no plano normativo; b) a eliminação das referidas cláusulas significa o mesmo silêncio de outrora que sustentava a posição de insuficiência normativa para a UE ditar regras imediatamente aplicáveis em matéria penal; c) os Estados não ignoravam essa controvérsia ao suprimirem a cláusula de reserva estatal.

Segundo Pedro Caeiro, os instrumentos legislativos da UE não dão as suas instituições o poder de modificar regras nacionais, mas de "instituir um programa penal europeu através das leis estatais".[48]

É verdade que desde o Tratado de Amsterdã a harmonização consiste em um objetivo central na construção do direito penal europeu, malgrado o Tratado de Maastricht o tenha iniciado com o 3.º pilar, nomeado de Justiça e Assuntos Internos (JAI). Em Lisboa, esse escopo se consolida.[49] Entretanto, não é o único propósito. Frente a interesses da União, há uma intenção stricto sensu, como a que subjaz na "luta contra a fraude" expresso no art. 325.º do TFUE. De fato, a União quer efetividade nesse desiderato, com o concurso de ações internas dos Estados membros, porém, sem a dependência deles.

Não é por acaso a previsão do Eurojust (85.º, TFUE), da Europol (88.º, TFUE) e do

Procurador Europeu (86.º, TFUE). Essa estrutura, pensamos, tenciona conformar um sistema de justiça penal europeu com tipos penais próprios, sem embargo da pretensão harmonizadora dos sistemas nacionais, direcionados – ambos – à consolidação de um espaço de liberdade, segurança e justiça.

Noutra direção pensa Vânia Costa Ramos. Em sua visão, em que pese a criação da Eurojust em Nice, o espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ) não pode ser considerado um espaço judiciário europeu, pois os Estados membros permanecem se valendo da cooperação internacional e da preservação das soberanias. Os Tratados de Maastricht, Amsterdã e Nice, endossaram a cooperação internacional policial e em matéria penal, bem como a harmonização mínima do direito penal entre os Estados membros. Porém, não há que falar ainda de espaço judiciário europeu.[50]

Em nosso sentir, caso venhamos a perquirir a circunstância na qual a proposta do Procurador Europeu surgiu, teremos uma nítida impressão de que a União pretende, de maneira autônoma, combater as violações contra seu sistema financeiro. E mais, ao abrigo do art. 88, do TFUE, "formas graves de criminalidade que afectem dois ou mais Estados membros, do terrorismo e das formas de criminalidade lesivas de um interesse comum que seja objeto de uma política da União, bem como no combate contra esses fenômenos".

De acordo com Daniel Flore, não era nova a ideia de um Procurador Europeu, cuja base normativa está disposta no art. 86, do TFUE. Partiu da vontade do Conselho Europeu de assegurar um sistema mais adequado de proteção aos interesses financeiros da Comunidade Europeia.[51] Decorre de um projeto apresentado em 1976 que tencionava mudar o Tratado. Merecem destaque, de igual sorte, a Convenção de proteção dos interesses financeiros da CE de 26 de julho de 1995, o art. 280 do TCE, e a Declaração de Luta Antifraude de 1999.[52]

Além disso, a Comissão decidiu criar em 1995 um grupo de especialistas sob a direção de Mireille Delmas-Marty, com a missão de elaborar um corpo de regras europeias de direito penal material e processual à proteção dos interesses financeiros da União Europeia. O resultado disso desaguou no que se denominou Corpus Iuris.[53] No qual, suscitou-se pela primeira vez o Ministério Público Europeu.

Este assunto foi retomado por meio de uma comunicação, no derradeiro momento da Conferência que elaborou o Tratado de Nice em 2000. O objetivo do expediente consistiu em inserir no corpo do tratado o princípio do procurador europeu. Em 1999, o Conselho Europeu se reuniu em Tampere. Naquela altura, avançou a ideia da criação do Eurojust como um instrumento direcionado a coordenar, de maneira otimizada, a investigação no domínio da criminalidade grave.

Nesse sentido, a Alemanha propôs sua implementação, seguida pela França, Portugal, Suécia e Bélgica, que endossaram uma proposição conjunta. Enfim, na Conferência de Nice, os Estados membros adotaram o Eurojust, bem como incluíram no Tratado o princípio do procurador europeu. Paralelamente, discutia-se o instrumento normativo em que se daria a criação dessa nova agência. Assim, por meio da Decisão 2002/187/JAI, instituiu-se o Eurojust, a fim de reforçar a luta contra a criminalidade grave.[54] O Tratado de Lisboa consagrou a Procuradoria Europeia (Parquet Europeen, European Public Prosecutor's Office), nos termos do art. 86, do TFUE.

No que concerne à competência material, Daniel Flore entende que duas são as dimensões das ações do Procurador Europeu. Na primeira, mais restrita, seria proteger os interesses financeiros da União Europeia. Na segunda, no combate à criminalidade considerada grave em uma extensão transfronteiriça.

Segundo Daniel Flore, condicionar a criação do Ministério Público Europeu à Eurojust, na forma prevista no tratado, significará o esvaziamento da proposta.[55] Registra o autor que o Procurador Europeu, numa primeira abordagem, integraria o Eurojust, como reforço à agência. De outro modo, coordenaria a proteção dos interesses comunitários e

o combate a criminalidade transnacional. Ele, tece críticas sobre a pouca clareza da disposição relativa à operabilidade do Ministério Público Europeu, dado a complexidade da redação dos dispositivos e das dificuldades para a realização do seu objetivo.[56]

Em que pese a "carência de clareza" pontuada por Daniel Flore, relativamente aos horizontes do Procurador Europeu, pode-se sustentar que sua tarefa consistirá, cedo ou tarde, em impulsionar persecuções penais no combate à "criminalidade europeia".

De acordo com André Klip, o Tratado de Maastricht criou a estrutura de pilares com diferentes maneiras de expressão legislativa. No primeiro (mercado comum), o direito comunitário vigora em todos os Estados membros. No segundo pilar, comunitarizava-se as ações de defesa e política externa, com mais ênfase depois do trágico "11 de setembro".[57] O terceiro pilar – gérmen do espaço de liberdade, segurança e justiça – surge sob a forma de "justiça e assuntos internos".[58] Na verdade, consistia em um programa de harmonização menos concreto que a unificação do mercado, razão pela qual o direito comunitário naquele campo era secundário.[59] Numa palavra, sua implementação dependia, necessariamente, da transmutação dos stantards das decisões-quadro para o direito nacional.

Eis que surge o Caso Maria Pupino no Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (C-105/2003). Na espécie, proclamou-se que os Estados, mesmo que não tenham harmonizado sua legislação nacional com as decisões-quadro da UE, no exercício da função jurisdicional devem observar esses regramentos.

No dizer da Corte de Justiça da então Comunidade Europeia, "o órgão jurisdicional nacional é obrigado a tomar em consideração as regras de direito nacional no seu tudo e a interpretá-las, na medida do possível, à luz do teor e da finalidade da referida decisão quadro".[60] Segundo André Klip, com essa decisão, o Tribunal Europeu deu uma significativa contribuição à convergência dos três pilares.[61]

Em verdade, vê-se uma expansão da competência penal europeia. Isso porque, depois de Lisboa, fundiu-se as estruturas em um só pilar, o previsto no art. 3.º, do TUE, prevendo – há um só tempo – um mercado comum, mas também um "espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas", bem como a "prevenção da criminalidade e combate a este fenômeno".

Conquanto não se vislumbre com precisa extensão a competência penal substancial da União Europeia, tem-se por absolutamente necessário seu exercício sob a contenção de princípios, como o da necessidade[62] da tutela penal e da subsidiariedade.

Pedro Caeiro, em escrito anterior ao Tratado de Lisboa, mas com a mesma pertinência doutrinária hodierna, reconhecia que "a competência para criar novas incriminações deveria ser limitada por uma cláusula expressa de necessidade e de subsidiariedade do emprego de reacções penais – princípio político-criminal que constitui já, podemos afirmá-lo, um dos pilares do direito constitucional dos Estados membros".[63]

É certo que a Comissão Europeia, quando apresentou a Comunicação pertinente ao "Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao direito penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE", deixou evidente que o Tratado de Lisboa, de fato, reforçou a competência penal substantiva e processual penal da UE, com uma base jurídica expressa ("resolveu o problema"), porém – subscreveu que – "não cabe à União substituir os códigos penais nacionais".[64]

Pelas diretivas busca-se a harmonização, como necessária à padronização do combate à criminalidade. Pensamos, contudo, no tocante aos eurodelitos, poderá a União ir mais além, notadamente quando estruturado o Eurojust, com a imperiosa criação do parquet européen.

Está certo Pedro Caeiro quanto a competência em matéria penal exposta no Tratado. Para ele, legisla a União sobre as bases da legislação nacional.[65] E, realmente, haverá

um programa penal europeu a ser executado pelos estados. Entretanto, naquilo em que o Estado membro prescinde de uma diretriz legislativa europeia, não pode a União legislar, sob pena de ofensa ao art. 5.º, n. 1, do Tratado da União Europeia (TUE).

Porém, convém pontuar que a não transmutação das regras contidas nas diretrizes normativas europeias de natureza penal, não significa a ausência de efeitos jurídicos, porquanto o Tribunal de Justiça da União Europeia poderá emprestar eficácia aos mesmos quando da interpretação das questões submetidas à Corte, inclusive pelos próprios cidadãos.

Os princípios da necessidade e da subsidiariedade possuem uma dimensão europeia. Deve partir dos domínios de criminalidade contidos no art. 83, n. 1, do TFUE, bem como da autorização expressa no 325.º, para combater fraudes contra os interesses financeiros da União, e ainda, no combate à xenofobia e ao tráfico de seres humanos, no campo do art. 79, n. 2, "d", do TFUE, sem embargo de outros evidenciados como possíveis pela própria Comissão Europeia. Esses, desde que não entrem em contradição com as tradições constitucionais dos Estados membros e com a Carta Europeia de Direitos Fundamentais. E acima de tudo, a lesão seja gravemente danosa para a sociedade, digna consequentemente da intervenção do direito penal.

Embora não seja possível divisar com alguma margem de segurança os horizontes do direito penal europeu, pensamos que a harmonização persiste com as contenções internas, na perspectiva das tradições constitucionais dos estados, não – todavia – por conta da derradeira posição da soberania. Mas, em função, como bem pontuado pela European Criminal Policy Initiative, dos "valores jurídico-penais dos Estados membros".

4 Considerações finais

Existem diversas diretivas oriundas da União Europeia que interferem nas legislações nacionais. Em matéria penal, podemos destacar a Diretiva 2011/36/UE que dispõe sobre o combate ao tráfico de seres humanos.

Nesta diretiva, por exemplo, define-se como crime "a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, incluindo a mendicidade, a escravatura ou práticas equiparáveis à escravatura, a servidão, a exploração de actividades criminosas, bem como a remoção de órgãos" (art. 2.º)". E como sanção, os Estados membros devem punir com pena de prisão máxima não inferior a 5 (cinco) anos de reclusão (art. 4.º). Ou seja, prevê um piso mínimo[66] de sanção aos que venham a concorrer com a exploração de seres humanos.

No combate ao terrorismo, tramita no Parlamento Europeu (COM(2015) 625), proposta de diretiva que descreve condutas concernentes a infrações terroristas, bem como o recrutamento de pessoas a fim de integrar grupos terroristas, entre outras práticas que o caracterizam, com sanções a exemplo da pena de prisão não inferior a 15 anos de reclusão, consoante prevê o art. 17 da sobredita proposta.[67]

Na Diretiva 2005/60/CE, busca-se combater o branqueamento de capitais (lavagem de dinheiro), bem como o financiamento do terrorismo,[68] com diversas medidas administrativas e penais destinadas a prevenir a ocorrência dessa criminalidade transnacional. Exemplo dessa transmutação para os Estados membros se verifica na Ley n. 10 de 2010, que transportou regras dessa diretiva para dentro do sistema jurídico nacional da Espanha.[69]

Essas diretivas demonstram a preocupação em tutelar penalmente bens jurídicos de dimensão europeia. Porém, não subtraem dos Estados membros a competência legislativa em matéria penal, não obstante regulem as práticas criminosas e fixem, ao mesmo tempo, penas mínimas a serem cominadas. Tem-se, de um lado, uma harmonização das legislações nacionais e do outro uma postura positiva da União Europeia no combate direto à criminalidade transfronteiriça.

O direito penal europeu passa por um período de concretização técnico-jurídica. Porém, consiste em uma realidade essencial à consolidação da União Europeia, malgrado as vicissitudes como a saída do Reino Unido. Entretanto, o "brexit" não enfraqueceu o propósito integrativo que caminha para uma efetiva constituição de um espaço de liberdade, segurança e justiça, dentro do ambiente europeu.[70]

Persistem razões suficientes para uma efetiva autonomia penal europeia com imediata aplicação, quando diante de crimes de transnacionalidade comprovada. De modo que, podemos ver um direito penal europeu em rede[71] – nem a unificação, nem a exclusiva harmonização –, mas uma plataforma de bens-jurídicos penais nacionais (serem regulados pelos estados) e bens-jurídicos penais europeus (serem regulados pela União Europeia). E no cerne disso tudo, uma cooperação judiciária em matéria penal.

5 Referências bibliográficas

AMBOS, Kai. Derecho y Proceso Penal Internacional. Ensayos Críticos, Trad. José Ramón. México: Distribucones Fontamara, 2008.

BERGER, Maria. "Le droit de l'Union et la cooperátion em matière pénale". ERA Forum (2013) 14:263-275. Springer.

BERNARDI, Alessandro. I Principi di Sussdiarietà e di legalità nel diritto penale europeu. Garantias constitucionales y Derecho Penal Europeu. Coord. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín. Madrid: Marcial Pons, 2012.

CAEIRO, Pedro. Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia.Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____; Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____; A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: Em Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____; "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____; Algumas reflexões sobre o Direito Penal na "sociedade de risco". Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

FARIA COSTA, José. A Europa e a Narrativa Penal. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume V. História e Política: entre Memórias e Ideias. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, Stvia Ivridica, 2012.

FLORE, Daniel. "Le perspective du'um procureur européen". ERA Forum Volume 9. (2008). Switzerland. Springer.

HERLIN-KARNELL, Ester. The Constitucional Dimension of European Criminal Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012.

KUHLEN, Lothar. El Sistema Integral del Derecho Penal, Delito, determinacion de la pena y processo penal. Trad. Guillermo Benlloch Petit et. ali, Madrid: Marcial Pons, 2004.

KLIP, André. European Criminal Law. An Integrative Approach, 2. ed. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2012.

MELANDER, Sakari. "Effectiveness in EU Criminal Law and Its Effects on the general part of criminal law". New Journal of European Criminal Law. Quarterly Journal. vol. 4. 2014/03. Belgiun: Intersentia Publishers, 2014.

MIR PUIG, Santiago; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Víctor Gómez. Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeu. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MITSILEGAS, Valsamis. EU Criminal Law. Oxford na Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009.

MONTE, Mário Ferreira. O Direito Penal Europeu. De "Roma" a "Lisboa" – Subsídios para a sua legitimação. Lisboa: Quid Juris, 2009.

OGALLAR, Beatriz Fernández. El Derecho Penal Armonizado de La Unión Europea. Madrid: Dykinson, 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O Direito Penal Europeu Emergente. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou entre a unificação e a harmonização. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RAMOS, Vânia Costa. Direito Penal Europeu Institucional. O quadro "pós-Lisboa" – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino? Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. A. 73, 2/3 (Abr./Set. 2013).

VILLALBA, Silvia Armero. El Fiscal Europeu. Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeu. Coord. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín. Madrid: Marcial Pons, 2012.

---

1 The Manifesto on European Criminal Policy. Disponível em: [http://www.crimpol.eu]. Acesso em: 09 out. 2014.

2 Pertinente ao tema, v. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo (dirs.), Víctor Gómez Martín (coord.), Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeu. Madrid: Marcial Pons, 2012; Pedro Caeiro, Perspectivas de Formação de um Direito Penal da União Europeia, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 519-532; André Klip, European Criminal Law. An Integrative Approach, 2. ed. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2012; Ester Herlin-Karnell, The Constitucional Dimension of European Criminal Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012; Anabela Miranda Rodrigues, O Direito Penal Europeu Emergente, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; Mário Ferreira Monte, O Direito Penal Europeu. De "Roma" a "Lisboa" – Subsídios para a sua legitimação. Lisboa: Quid Juris, 2009; Valsamis Mitsilegas, EU Criminal Law. Oxford na Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009; Beatriz Fernández Ogallar, El Derecho Penal Armonizado de La Unión Europea, Madrid: Dykinson, 2014; Kai Ambos, Derecho y Proceso Penal Internacional. Ensayos Críticos, Trad. José Ramón, México: Distribucones Fontamara, 2008; José Faria Costa, A Europa e a Narrativa Penal, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume V. História e Política: entre Memórias e Ideias. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de

Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, Stvia Ivridica, 2012.

3 Nos termos do art. 6, "1", do TUE, a União segue a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Além disso, "a União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais" (Art. 6.º, 2). Com efeito, este mesmo artigo enuncia que a União, de igual sorte, observa os direitos e liberdades que resultam das "tradições constitucionais comuns aos estados membros". Em verdade, consagra uma cláusula de integração do direito interno, especificamente o constitucional dos Estados membros, desde que sejam, evidentemente, comuns.

4 É preciso realçar a importância da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia na construção dos instrumentos normativos penais da UE pós Tratado de Lisboa. Em se tratando de direito penal, cujas regras podem subtrair liberdades, sem embargo da segurança necessária ao desenvolvimento dos cidadãos, só haverá justiça com a devida incidência da Carta, mormente dos arts. 47 usque 50 (Título VI da CDFUE). A propósito do tema, com clareza solar, a Comissão Europeia acentuou, no bojo da COM (2011) 573 final, que: "As medidas de direito penal incluem regras repressivas que podem dar origem a uma privação de liberdade. Por esta razão, a Carta dos Direitos Fundamentais – que o Tratado de Lisboa tornou juridicamente vinculativa – fixa limites importantes para a acção da UE neste domínio. A Carta, que constitui a bússola de todas as políticas da UE, prevê um núcleo de normas vinculativas que protegem os cidadãos" (JO 15.11.2011).

5 Temos como baliza doutrinária de bem jurídico penal aquele desenhado por Jorge de Figueiredo Dias, quando propõe que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem levar em conta os "valores constitucionais expressos ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica", o que implica dizer, mutatis mutandis, no ambiente do european law, aqueles contidos no art. 2.º do TUE (O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 35).

6 Cfr. Valsamis Mitsilegas, EU Criminal Law. Oxford na Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, p. 59.

7 KLIP, Andre. European Criminal Law. An Integrative Approach. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2009, p. 19.

8 Cfr. Alessandro Bernardi, I Principi di Sussdiarietà e di legalità nel diritto penale europeu, in Garantias constitucionales y Derecho Penal Europeu. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 39-78.

9 No ponto, Pedro Caeiro sublinha que "o Tratado da União Europeia não prevê proibições expressas de incriminação. Porém, não está excluído que se encontrem aqui limites negativos implícitos à jurisdição penal dos Estados" (Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 429). E mais à frente, destaca os direitos fundamentais de maneira "autônoma" no formado de princípios gerais de direito comunitário, que igualmente servem de contenção ao exercício dessa jurisdição penal prescritiva (idem, p. 431-434).

10 Direito Penal Europeu Emergente. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 79.

11 Segundo Figueiredo Dias, "compreendidos como bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e a livre desenvolvimento da pessoa e que, por isso mesmo, hão-de encontrar refração no texto e na intencionalidade da Constituição, em matéria seja de direitos individuais, seja de direitos sociais, seja de organização política e econômica" (Algumas reflexões sobre o Direito Penal na "sociedade de risco". Problemas

fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002).

12 De toda sorte, antevendo essa necessária identificação, Pedro Caeiro ao consignar que "esta competência penal deveria limitar-se à proteção de bens jurídicos próprios da CE claramente identificados (aqueles que já referimos), respeitando assim o princípio da subsidiariedade da intervenção comunitária (Cfr. Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários. vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998).

13 Registre-se, por oportuno, que a combate à criminalidade europeia em sentido estrito, antes do Tratado de Lisboa, notadamente depois do Tratado de Amsterdã, possuía os seguintes alvos, o terrorismo, o tráfico de seres humanos e os crimes contras as crianças, o tráfico ilícito de droga e o tráfico ilícito de armas, a corrupção e a fraude. Conferir, no ponto, Pedro Caeiro, Parte I, 2.º Capítulo, § 3, (Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 116-149).

14 Para a Comissão Europeia, podem ser classificados como eurocrimes, porquanto "ao abrigo do art. 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), a UE pode adoptar directivas que estabelecem regras mínimas de direito penal da UE para diferentes infrações. Em primeiro lugar, podem ser adotadas medidas, por força do art. 83.º, n. 1, do TFUE, no que diz respeito a uma lista de dez infrações específicas (os chamados <<eurocrimes>>, a saber, o terrorismo, o tráfico de seres humanos, a exploração sexual de mulheres e crianças, o tráfico ilícito de droga, o tráfico ilícito de armas, o branqueamento de capitas, a corrupção, a contrafacção dos meios de pagamento, a criminalidade informática e a criminalidade organizada" (COM (2011) 573 final, JO 16.11.2011).

15 Cfr. Algumas reflexões sobre o Direito Penal na "sociedade de risco". Problemas fundamentais de Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

16 Idem, ibidem.

17 RODRIGUES, Anabela de Miranda. A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou entre a unificação e a harmonização. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 85.

18 Pensa Anabela Miranda Rodrigues "que ao nível da União Europeia, a criação de um espaço penal europeu, policial e judiciário, obedece à preocupação de assegurar uma eficaz luta contra o crime. O mundo aberto, global e complexo dos nossos dias regionalizou-se, tendo-se tornado evidente que os sistemas penais estaduais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio de combater uma criminalidade que se sofisticou e tornou altamente ameaçadora. Basta pensar na criminalidade organizada transnacional e no terrorismo para se perceber como os Estados estão cada vez menos em condições de afirmar a sua soberania penal" (O Direito Penal Europeu Emergente. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 391).

19 (JO 4.5.2010).

20 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 151.

21 CAEIRO, Pedro. Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 133.

22 OGALLAR, Beatriz Fernández. El Derecho Penal Armonizado de La Unión Europea. Madrid: Dykinson, 2014, p. 171.

23 Isto é, a União dispõe de competência exclusiva nos domínios da (a) união aduaneira; (b) mercado comum; (c) política monetária; (d) conservação ambiental pesqueira; (e) política comercial comum (art. 3.º, "1", do TFUE).

24 Em 1971, o Conselho da Europa examinou a possibilidade de um Código Penal Europeu. Depois, passou-se a debater o Corpus Iuris. Mas, segundo Mário Ferreira Monte, nada se avançou. Do contrário, retrocedeu-se com a Proposta de Diretiva 2001/0115 (COD), sobre a proteção penal dos interesses financeiros da Comunidade (O Direito Penal Europeu. De 'Roma' a 'Lisboa' – subsídios para a sua legitimação. Quid Juris? Sociedade Editora: Lisboa, 2009, p. 70-78).

25 Nessa direção, conferir reflexão de Maria Berger (Le droit de l'Union et la cooperátion em matière pénale. ERA Forum (2013) 14:263-275. Springer, p. 265).

26 Cfr. Silvia Armero Villalba, El Fiscal Europeu, in Garantías constitucionales y Derecho Penal Europeu. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 143-163.

27 É o famoso "travão de emergência". De acordo com Vânia Costa Ramos: "O sistema do Tratado de Lisboa introduziu o já mencionado 'travão de emergência' em matéria penal (arts. 82.º, n. 3, e 83., n.3). Este permite aos EM, quando considerem que uma determinada proposta de Directiva 'prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal', levar essa proposta ao Conselho Europeu, suspendendo-se o processo legislativo ordinário. Se houver consenso no Conselho Europeu, retomar-se-á o processo legislativo ordinário. Não havendo consenso, se pelo menos nove EM o pretenderem, poderão instaurar entre si uma cooperação reforçada com base no projecto de Directiva, considerando-se concedida a autorização referida nos art. 20.º, n. 2, do TUE e 329.º, n. 1, do TFUE. Quanto à utilização do 'travão de emergência' – que poderá determinar um maior ou menor avanço da integração europeia em matéria penal, ou uma maior ou menor variabilidade da geometria penal europeia – é interessante a posição do Tribunal Constitucional alemão, segundo o qual o representante do governo alemão no Conselho apenas pode fazer uso desse mecanismo mediante determinação do Parlamento federal e, caso seja aplicável, do Conselho federal" (Cfr. Direito Penal Europeu Institucional. O quadro "pós-Lisboa" – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino? Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. A. 73, 2/3 (Abr./Set. 2013), p. 794).

28 Nos termos do art. 19 do TUE, compete ao Tribunal de Justiça da União Europeia interpretar e aplicar os Tratados. Nesse sentido, prevê que "o Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados".

29 KLIP, André. European Criminal Law. An Integrative Approach. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2009, p. 20.

30 Jorge de Figueiredo Dias empresta significativa importância a essa categoria doutrinária, tanto que propõe o direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional, chegando a afirmar, em alto e bom som, que "todo o direito penal é um direito penal do bem jurídico". Para rememorar, comenta: "Princípio cuja raiz longínqua reside no pensamento filosófico ocidental a partir do século XVII – no racionalismo cartesiano, no individualismo liberal, na mundividência antropocêntrica e humanista – e, pelo que diretamente respeita à doutrina jurídico-penal, no movimento do Iluminismo penal; e que foi afinado na sua projeção prático-normativa durante mais de um século até ganhar expressão definitiva (também na doutrina jurídico-penal portuguesa) em finais dos anos sessenta do século passado. Constando expressamente da legislação ordinária vigente, no art. 40.º, n. 1, do Código Penal na sua versão de 1995, este princípio deve ser considerado também 'princípio constitucional implícito' e com tal tem sido tomado – de forma por vezes expressa, outras vezes indubitavelmente

pressuposta – pela jurisprudência do Tribunal Constitucional" (Cfr. O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 33).

31 A propósito, convêm não confundir o princípio da subsidiariedade do direito penal com o princípio da subsidiariedade do direito europeu expresso no art. 5.º, "3", do TUE, de igual sorte, aplicável ao direito penal europeu. Esse tem como parâmetro o grau de efetividade das normas, nessa dicotomia Estados membros/União, aquele mais delimitado à condicionalidade de intervenção do direito penal dentro de um sistema jurídico.

32 Cfr. "Effectiveness in EU Criminal Law and Its Effects on the general part of criminal law". New Journal of European Criminal Law. Quarterly Journal. vol. 4. 2014/03. Belgiun: Intersentia Publishers, 2014, p. 275.

33 MELANDER, Sakari. Idem, p. 275.

34 Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias: "Das consequências diretamente decorrentes da proposição político-criminal com que iniciei esta intervenção, atinente à concretização de um direito penal do bem jurídico, destaca-se a do critério da necessidade da intervenção penal ou, o que é o mesmo, da carência de tutela penal. Padrão legitimador da constitucionalidade de uma incriminação é que esta vise a tutela de um bem jurídico digno de pena, mas também carente de punição (aqui residindo a justificação mais funda de expressões neste contexto utilizadas como as de que a intervenção penal é subsidiária ou de ultima ratio) (O "Direito Penal do Bem Jurídico" como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa. Colóquio comemorativo do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 42).

35 Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 151. Sobre a possibilidade de limitar o direito penal com esteio no conceito material de crime, v. Lothar Kuhlen, El Sistema Integral del Derecho Penal, Delito, determinacion de la pena y processo penal, Trad. Guillermo Benlloch Petit et. ali, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 129-152.

36 O Manifesto tem como necessário a tutela penal, por exemplo, a Decisão-Quadro 2002/629 JAI (Luta Contra os Direitos Humanos). Essa substituída pela Diretiva 2011/92/EU. Porém, tece crítica à Decisão-Quadro 2008/841/JAI (Luta contra criminalidade organizada), que considera vaga no ponto concernente ao art. 2 da DQ.

37 Nessa direção, convém o estudo da Proposta de Directiva relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo COM (2013) 45 final. E para ter uma exata noção da dimensão da problemática relacionada a isto, vale a pena conferir a Decisão de Execução 2014/701/PESC do Conselho Europeu, que dá execução a Decisão 2011/486, que institui medidas restritivas contra certas pessoas, grupos, empresas e entidades contra a situação no Afeganistão. Com efeito, observa-se que a inclusão de nomes ligados ao terrorismo precede uma justificação fornecida pelo Comité do Conselho de Segurança das Nações Unidas. In casu, pessoas associadas ao Talibã (JO 9.10.2014). Por sua vez, a Decisão de Execução 2011/486 é dirigida ao Al-Qaid e aos Talibã, todas referentes a Posição Comum 2002/402/PESC.

38 De observar, a propósito, quão importante o Tratado de Lisboa, no que tange à unificação dos pilares. Pois, com base na teoria dos pilares, o Tribunal de Justiça da União Europeia anulou a Decisão-Quadro 2003/80/JAI (Processo C – 176/03), bem como

a Decisão-Quadro 2005/667/JAI (Processo C – 440/05), exatamente por que esse ambiente de proteção jurídico-penal ambiental não estava contido no primeiro pilar.

39 Pedro Caeiro vê a competência penal europeia também de maneira autônoma, invocando, sobretudo, o disposto no art. 83 do TFUE. Segundo o pesquisador, "hoje, é inequívoco que a EU é titular de uma jurisdição penal autónoma, pois cabe-lhe estabelecer 'regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções' nos domínios constantes dos n. 1 e 2 do art. 83.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), bem como prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-membros, nos termos do art. 82.º, n. 1, al. b), do mesmo diploma, dispondo por isso dos poderes que caracterizam a jurisdição (prescritiva), em matéria penal (definir o conteúdo e o âmbito de aplicabilidade das proibições penais)" (Cfr. A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: Em Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. vol. III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 180).

40 Na própria Comunicação 2011/573, percebe-se uma dúvida da Comissão Europeia, quando expõe "reflexão sobe a forma como o direito penal poderia contribuir para a recuperação econômica ao ajudar a combater a economia subterrânea e a criminalidade financeira", e menciona pontos como "transporte rodoviário", "proteção de dados", "regras aduaneiras", "proteção do ambiente", "política das pescas", "políticas de mercado interno". Segundo a Comissão, "trata-se de domínios que exigirão um novo exame para determinar se e em que domínios as regras mínimas relativas à definição de infrações e sanções penais podem revelar-se essenciais para garantir a aplicação efectiva da legislação da UE" (JO 16.11.2011).

41 A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: Em Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 181.

42 Idem, p. 181.

43 Idem, p. 182.

44 Idem, p. 183.

45 (Cfr. CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: Em Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. vol. III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012).

46 De facto, a redação anterior ao Tratado de Lisboa era a seguinte: '4. O Conselho, deliberando nos termos do art. 251. e após consulta ao Tribunal de Contas, adopta as medidas necessárias nos domínios da prevenção e combate das fraudes lesivas dos interesses financeiros da Comunidade, tendo em vista proporcionar uma protecção efectiva e equivalente nos Estados-Membros. Estas medidas não dizem respeito à aplicação do direito penal nacional, nem à administração da justiça nos Estados-Membros" (280.º, 4, do Tratado que institui a Comunidade Europeia).

47 Idem, p. 184.

48 Idem, p. 186.

49 Por exemplo, tem-se a Directiva 2011/36/EU, ao abrigo do art. 82.º, "2" e 83.º, "1", do TUE, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho. Nela há os standards de infrações atinentes ao tráfico de seres humanos que , bem como o patamar de pena máxima de 5 anos, e na forma qualificada de 10 anos de prisão. E mais, a Directiva estabelece no art. 22, um prazo para transposição, outro prazo para que a Comissão apresente um relatório endereçado ao Parlamento e ao Conselho Europeu, sobre as medidas adotadas pelos Estados membros (JO 15.4.2011).

50 Direito Penal Europeu Institucional. O quadro "pós-Lisboa" – por mares nunca dantes navegados, edificar-se-á novo reino? Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. A. 73, 2/3 (Abri./Set. 2013), p. 758.

51 FLORE, Daniel. "Le perspective du'um procureur européen". ERA Forum vol. 9. (2008). Springer, p. 230.

52 Idem, p. 230.

53 Idem, p. 230.

54 FLORE, Daniel. Le perspective du'um procureur européen. ERA Forum vol. 9. (2008). Springer, p. 231.

55 Idem, p. 235.

56 Idem, p. 234.

57 KLIP, André. Idem, p. 17.

58 5 anos depois, torna-se "espaço de liberdade, segurança e justiça" (ELSJ).

59 Idem, p. 18.

60 JO 16.6.2005.

61 Idem, p. 18.

62 Também não olvida Pedro Caeiro do princípio da necessidade como balizador da intervenção da União: "Assim, a vinculatividade das decisões-quadro, no campo das incriminações, produz uma restrição assaz diminuta da jurisdição penal dos Estados. Desde logo, porque limita apenas o seu poder de não considerar certa conduta como crime (o seu ius non puniendi em sentido estrito); depois, porque diz respeito a áreas relativamente circunscritas, em que o carácter criminal das condutas é, genericamente, consensual; em terceiro lugar, porque a intervenção da União se subordina a um princípio de necessidade, ordenado a uma prevenção e repressão eficaz do crime no ELSJ" (Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 134-135).

63 Perspectivas de formação de um direito penal da União Europeia. Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários. Vol. I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 530.

64 COM (2011) 573 (JO 16.11.2011).

65 Cfr. CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como Meta-Jurisdição: Em

Especial, a competência para legislar sobre as bases da jurisdição nacionais. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. vol. III. Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Organizadores. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

66 Pedro Caeiro direciona uma específica crítica a essa metodologia de regras mínimas. Para ele "há um aspecto em que a jurisdição penal da UE permanece defeituosa: a manutenção do programa das 'regras mínimas' relativamente à definição das infracções (e das sanções) impede-a de pôr limites máximos ao ius puniendi estatal" (Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 566).

67 3. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para que as infrações previstas no art. 4.º sejam passíveis de penas privativas de liberdade, que não podem ser inferiores a quinze anos para a infração prevista no art. 4.º, alínea a), e a oito anos para as infrações enumeradas no art. 4.º, alínea b). Quando a infração terrorista prevista no art. 3.º, n. 2, alínea i), for cometida por uma pessoa que dirija um grupo terrorista, tal como referido no art. 4.º, alínea a), a pena máxima não pode ser inferior a oito anos). Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/]. Acesso em: 22 ago. 2016.

68 Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri="CELEX%3A32005L0060]." Acesso em: 22 ago. 2016.

69 Disponível em: [https://boe.es/buscar/act.php?id="BOE-A-2010-6737]." Acesso em: 22 ago. 2016.

70 No ponto, com precisão, anota Pedro Caeiro: "No que diz respeito à concepção geral do espaço de liberdade, segurança e justiça, o TL procede a uma alteração dotada de elevado valor simbólico: o ELSJ deixa de ser apenas o lugar onde a União procura facultar aos cidadãos um elevado nível de proteção e torna-se consubstancial à própria União, na sua representação de si própria" (Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 559).

71 Sobre a expressão "direito penal em rede" (Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou entre a unificação e a harmonização. Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 91).